



BUCERIUS LAW SCHOOL

---

PRESS

**Schriften der Bucerius Law School**

**Herausgegeben von**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Prof. Dr. Thomas Rönau

Prof. Dr. Michael Fehling

Band II/35

Denis C. Kaspras

**Die Krankenhausinsolvenz**

Krise und Insolvenz eines Krankenhausträgers im Lichte  
staatlicher Letztverantwortung

Verlag: Bucerius Law School Press, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg

Autor: Denis C. Kaspras

Herausgeber:

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Thomas Rönna, Prof. Dr. Michael Fehling

1. Auflage 2019

Herstellung und Auslieferung:

trition GmbH, Halenreie 40-44, 22359 Hamburg

ISBN: 978-3-86381-189-1 (Paperback)

ISBN: 978-3-86381-190-7 (Hardcover)

ISBN: 978-3-86381-191-4 (E-Book)

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

DIE BUCERIUS  
LAW SCHOOL IST EINE  
GRÜNDUNG DER



*Meinen Eltern und Svenja*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintertrimester 2018 von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft - in Hamburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 16. Januar 2019 statt.

Mein ganz besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Jens Pritting*, der mir während des gesamten Zeitraums den größtmöglichen Freiraum belassen, die Anfertigung der Arbeit aber auch immer wieder durch kritische Reflexion gefördert hat. Die gesamte Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Stiftungs-Juniorprofessur für das Recht der Familienunternehmen empfand ich als ungemein bereichernd. Dank schulde ich ferner Herrn Prof. Dr. *Stephan Madaus* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus möchte ich mich bei meinen Eltern bedanken, die meine Promotionszeit nicht nur finanziell, sondern vor allem in großartiger Weise mit viel Zuspruch und wichtigem Rat begleitet haben. Ebenso danke ich meiner Lebensgefährtin *Svenja* für ihre Geduld und ihr Verständnis, dass eine solche Arbeit zuweilen raumeinnehmender ist, als man es sich erhofft hat, aber auch dafür, für alle meine Fragen zu jeder Zeit ein offenes Ohr gehabt zu haben.

Abschließend sei den vielen Freunden gedankt, die, obgleich durch eigene Dissertationsprojekte beschäftigt, redaktionelle Durchsichten vorgenommen oder als gewinnbringende Ansprechpartner zur Verfügung gestanden haben. Namentlich, aber nicht abschließend will ich nennen *Timo Cöster*, *Stefan Kühl*, *Niels Lasse Lange* und insbesondere Dr. *Paul Schirmmacher*.

Hamburg, im März 2019

Denis C. Kaspras





## Inhaltsübersicht

<i>Einleitung</i> .....	1
A. Zur Thematik .....	1
B. Gang der Untersuchung.....	4
<i>Erster Teil</i> .....	7
A. Der deutsche Gesundheitsmarkt.....	7
B. Grundlagen des Krankenhausrechts .....	12
C. Organisationsformen von Krankenhausträgern .....	34
D. Betrachtung des Krankenhausmarktes aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht – Versuch einer gesundheitsökonomischen Analyse .....	37
E. Zusammenfassung .....	48
<i>Zweiter Teil</i> .....	50
A. Insolvenzrechtliche Varia .....	50
B. Wirtschaftliche Determination des Insolvenzrechts - Grundgedanken einer Analyse des Insolvenzrechts unter Berücksichtigung rechtsökonomischer Aspekte .....	54
C. Sozial(-rechtliche) Unterlegung des Krankenhausrechts.....	68
D. Konturierung der staatlichen Verantwortung im Rahmen der stationären Krankenversorgung.....	76
E. Problematik der Finanzierbarkeit leistungsgrundrechtlicher Postulate – Allokationsentscheidungen als Aufgabe der Knappheitsverteilung.....	88
F. Parameter der bedarfsgerechten und flächendeckenden Krankenhaus- versorgung .....	101
G. Insolvenzrechtliche Auswirkungen auf den staatlichen Sicherstellung- sauftrag – Darstellung am Beispiel des bedarfsnotwendigen, aber insolventen Krankenhauses .....	113
<i>Dritter Teil</i> .....	148
A. Rahmendaten der Krankenhausinsolvenz .....	148
B. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die „Zulassung“ eines Krankenhauses.....	160
C. Behandlung krankenhausrrechtlicher Fördermittel in der Insolvenz .....	170
D. Erlöse eines Krankenhauses nach Pflegesatzrecht in der Insolvenz.....	215
E. Aufbewahrung von Krankenunterlagen.....	237
F. Besonderheiten des Rechtsschutzes .....	247
G. Der Krankenhausinsolvenzverwalter .....	256

<i>Resümee</i> .....	269
A. Krankenhäuser zwischen staatlicher Planung und Finanzierung.....	269
B. Die staatliche Letztverantwortung.....	270
C. Krankenhausrechtliche Besonderheiten im Insolvenzverfahren.....	272

## Inhaltsverzeichnis

<i>Einleitung</i> .....	1
A. Zur Thematik .....	1
B. Gang der Untersuchung.....	4
<i>Erster Teil</i> .....	7
A. Der deutsche Gesundheitsmarkt.....	7
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Gesundheitswesens.....	8
II. Institutionen des Gesundheitswesens .....	8
1. Krankenversicherungen.....	8
a) Grundlagen.....	9
b) Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung .....	10
2. Krankenhäuser .....	11
III. Sachleistungs- und Kostenerstattungsprinzip.....	12
B. Grundlagen des Krankenhausrechts .....	12
I. Gesetzgebungskompetenzen.....	13
1. Kompetenzen des Bundes .....	13
2. Kompetenzen der Länder .....	14
II. Krankenhausplanungsrecht der Länder .....	14
1. Krankenhausplan.....	16
2. Feststellungsbescheid.....	17
a) Bedarfsgerechtigkeit.....	17
b) Leistungsfähigkeit .....	18
c) Wirtschaftlichkeit .....	18
d) Qualitätsaspekte .....	19
3. Krankenhausplanung und SGB V .....	19
III. Krankenhausfinanzierungsrecht .....	19
1. Historische Entwicklung der Krankenhausfinanzierung .....	20
a) Entwicklung des Rechts der Krankenhausfinanzierung in den Jahren 1945-1972.....	20
b) Einführung der dualen Finanzierung .....	21

c) Diagnosis Related Groups .....	21
d) Aktuelle Entwicklungen des Krankenhausfinanzierungsrechts.....	23
2. Gesetzliche Grundlagen .....	23
a) KHG .....	23
b) KHEntgG .....	24
c) BPfIV .....	25
3. Aufbau der dualen Krankenhausfinanzierung .....	25
a) Fördermittelrecht.....	25
b) Pflegesatzrecht .....	27
aa) Überblick.....	27
bb) Vergütung der Krankenhausleistungen .....	27
4. Defizitausgleich aus öffentlichen Kassen im Lichte des Beihilfenrechts .....	29
a) Beihilferechtlicher Rahmen.....	30
b) Entscheidung OLG Stuttgart .....	30
c) Entscheidung BGH.....	30
d) Ausblick und Bedeutung für den Krankenhausmarkt.....	31
IV. Versorgungsauftrag Plankrankenhaus.....	32
C. Organisationsformen von Krankenhausträgern .....	34
1. Prinzip der Trägervielfalt .....	34
2. Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft.....	35
a) Krankenhäuser als Regiebetrieb oder organisatorisch verselbstständigt als Eigenbetrieb .....	35
b) Kommunale Krankenhaus-GmbH.....	36
3. Krankenhäuser in privater Trägerschaft .....	36
4. Krankenhäuser in freigemeinnütziger Trägerschaft .....	36
5. Statistische Zahlen .....	37
D. Betrachtung des Krankenhausmarktes aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht – Versuch einer gesundheitsökonomischen Analyse .....	37
I. Allgemeine Methodik der Gesundheitsökonomik .....	38
II. Krankenhausmärkte und Wettbewerb .....	39
III. Ökonomische Kritik am Krankenhausfinanzierungssystem.....	43

IV. Schlussfolgerungen für die Insolvenz eines Krankenhausträgers .....	47
E. Zusammenfassung .....	48
<i>Zweiter Teil</i> .....	50
A. Insolvenzrechtliche Varia .....	50
I. Insolvenzrechtsfähigkeit .....	50
1. Insolvenzrechtsunfähigkeit von Gebietskörperschaften nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO .....	51
2. Insolvenzrechts(un-)fähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO .....	51
3. Insolvenzrechtsfähigkeit von Eigengesellschaften .....	51
4. Insolvenzrechtsfähigkeit freigemeinnütziger Träger .....	52
5. Bedeutung für die nachfolgende Untersuchung .....	52
II. Insolvenzrechtliche Verfahrensgrundsätze .....	53
1. Gleichmäßige Gläubigerbefriedigung .....	53
2. Universalitätsgrundsatz .....	54
3. Grundsatz der Gläubigerautonomie .....	54
4. Geldliquidation .....	54
B. Wirtschaftliche Determination des Insolvenzrechts - Grundgedanken einer Analyse des Insolvenzrechts unter Berücksichtigung rechtsökonomischer Aspekte .....	54
I. Die ökonomische Theorie des Rechts .....	55
II. Ökonomische Betrachtungen der Insolvenzordnung .....	57
1. Ermöglichung eines marktkonformen Verfahrens .....	58
2. Marktsteuerung im Insolvenzverfahren? .....	59
3. Wettbewerbsschutz durch Insolvenzrecht .....	61
4. Die privatautonome Insolvenzbewältigung – Die Verfahrensbeteiligten als Entscheider .....	61
5. Bestmögliche Gläubigerbefriedigung .....	62
III. Folgerung: Insolvenzrecht als Ordnungsmechanismus .....	64
IV. Fazit .....	66
C. Sozial(-rechtliche) Unterlegung des Krankenhausrechts .....	68
I. Sozialrechtliche Topoi .....	68
1. Begriffsbestimmung .....	69

2. Grundprinzipien des Sozialrechts.....	69
3. Sozialrecht und Marktwirtschaft .....	70
II. Deutschland als sozialer Rechtsstaat .....	71
1. Sozialstaatsprinzip .....	71
2. Ausprägungen des Sozialstaatsprinzips.....	73
3. Gesundheit als sozialstaatliche Verpflichtung.....	73
a) Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG...74	
b) Schutzpflichtdimension der Grundrechte .....	74
c) Staatliche Pflicht zum Schutze der Gesundheit .....	75
III. Zwischenergebnis .....	76
D. Konturierung der staatlichen Verantwortung im Rahmen der stationären Krankenversorgung.....	76
I. Krankenhäuser als Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge.....	76
II. Der verfassungsrechtliche Sicherstellungsauftrag der stationären Krankenversorgung.....	79
1. Sicherstellungsaufträge und Gewährleistungsstaat .....	79
2. Grundstrukturen und Umsetzung der staatlichen Gewährleistung in anderen Wirtschaftszweigen – Modell der Universaldienstleistung.....	81
3. Verpflichtung zur Sicherstellung der bedarfsgerechten stationären Versorgung.....	83
III. Umsetzung der staatlichen Sicherstellungsverantwortung im Fall der Krankenhausprivatisierung .....	85
1. Kontinuität der subsidiären Pflichtigkeit der Kommune .....	85
2. Wahrnehmung des Sicherstellungsauftrages durch Steuerung und Kontrolle kommunaler Eigengesellschaften .....	85
3. Steuerungsmechanismen im Fall der materiellen Privatisierung....	87
IV. Zusammenfassung .....	88
E. Problematik der Finanzierbarkeit leistungsgrundrechtlicher Postulate – Allokationsentscheidungen als Aufgabe der Knappheitsverteilung .....	88
I. Spannungsfeld zwischen Staatsfinanzierung und Leistungserbringung – das medizinisch Wünschenswerte im Spiegel der Realität des Finanzierbaren .....	89
II. Allokation, Rationalisierung und Rationierung als Reaktion auf Knappheitsumstände im Gesundheitswesen .....	91

1. Begriffsbestimmungen .....	92
2. Hintergrund .....	93
3. Verfassungsrechtliche Vorgaben der Beschränkung medizinischer Leistungen.....	94
4. Krankenhausinsolvenzen als Frage der Rationierung oder der Rationalisierung i.S.e Allokation von Gütern? .....	95
a) Intendierte Allokationseffekte der Krankenhausplanung und -finanzierung .....	96
b) Systematische Einordnung der Insolvenz eines Krankenhausträgers .....	97
5. Bedeutung der Erkenntnisse für die Krankenhausinsolvenz .....	98
III. Zusammenfassung.....	99
F. Parameter der bedarfsgerechten und flächendeckenden Krankenhausversorgung .....	101
I. Ausgangslage unter Berücksichtigung demographischer Gesichtspunkte .....	101
II. Bedarf als (Rechts-)begriff .....	103
III. Bedarfsgerechtigkeit im Rahmen des SGB V .....	104
IV. Merkmal der bedarfsgerechten Versorgung im Rahmen der Krankenhausplanung .....	104
1. Definitionsannäherung .....	104
2. Krankenhauszielplanung der Länder.....	105
3. Ziel der flächendeckenden Versorgung.....	106
4. Vorhandensein konkreter verfassungsrechtlicher Erreichbarkeitsvorgaben?.....	106
V. Bedeutung der Erkenntnisse für die Einordnung einer Krankenhausinsolvenz .....	111
G. Insolvenzrechtliche Auswirkungen auf den staatlichen Sicherstellungsauftrag – Darstellung am Beispiel des bedarfsnotwendigen, aber insolventen Krankenhauses.....	113
I. Insolvenzverfahren als Gefährdung der bedarfsgerechten Versorgung .....	113
II. Insolvenzabwendungspflicht des kommunalen Gesellschafters? .....	116
1. Begründungsansätze einer Insolvenzabwendungspflicht .....	117
2. Skizzierung dogmatischer Einwände .....	118
a) Überdehnung des Sozialstaatsprinzips .....	118

b) Kein Sonderopfer der Gläubiger .....	118
c) Insolvenzrecht als Ausgleich.....	119
d) Haftungsprivilegierung des Gesellschaftsrechts.....	119
e) Grundsatz der Insolvenzfähigkeit.....	119
f) Subsidiarität staatlicher Aufgabenwahrnehmung .....	120
3. Zwischenergebnis.....	120
III. Umsetzung der staatlichen Letztverantwortung für die Aufrecht- erhaltung einer bedarfsgerechten Krankenhausversorgung im Insolvenz- verfahren .....	121
1. Zäsurwirkung des § 80 InsO – Nebeneinander von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht .....	121
2. Betriebsfortführungspflicht .....	122
3. Wahrnehmung der Sicherstellungsverantwortung in Krise und Insolvenz der kommunalen Krankenhausgesellschaft.....	123
a) Zeitraum vor Insolvenzantragsstellung .....	123
b) Insolvenzeröffnungsverfahren.....	125
aa) Allgemein.....	125
bb) Die vorzeitige Betriebseinstellung .....	126
c) Eröffnetes Insolvenzverfahren .....	130
aa) Einflussnahme des kommunalen Gesellschafters auf das Insolvenzverfahren .....	131
bb) Stimmrecht in der Gläubigerversammlung.....	131
cc) Stimmrecht im Gläubigerausschuss .....	132
dd) Kapitalerhöhung.....	133
ee) Sanierungsoptionen .....	133
(1) Die Insolvenzordnung als Sanierungsinstrument ....	133
(2) Übertragende Sanierung .....	134
(3) Insolvenzplan .....	134
(4) Eigenverwaltung.....	135
4. Zusammenfassung.....	136
5. Insolvenz bedarfsnotwendiger materiell privatisierter Krankenhausgesellschaften .....	137
a) Notwendigkeit vertraglicher Vereinbarungen .....	137



b) Betriebseinstellungen als Gefahr für die öffentliche Sicherheit?	138
IV. Einordnung der Ergebnisse in das System des Krankenhaus-	
gewährleistungsrechts	140
1. Absolute Versorgungssicherheit in der Krankenhausversorgung	
nicht erreichbar	140
2. Vergleichbarkeit mit anderen Universaldienstleistungen am Beispiel	
der Grundversorgung mit Energie, §§ 36, 38 EnWG?	141
3. Krankenhausinsolvenzen als Anlass zur Überprüfung der	
krankenhausgewährleistungsrechtlichen Parameter	143
4. Notwendigkeit eines Sonderinsolvenzrechts für Krankenhäuser?	145
<i>Dritter Teil</i>	148
A. Rahmendaten der Krankenhausinsolvenz	148
I. Krise	149
II. Krisen- und Insolvenzvermeidungsmaßnahmen	150
III. Krisenbedingende Faktoren – Wirtschaftsunternehmen Krankenhaus	
	151
IV. Überversorgter Markt	156
V. Krankenhausinsolvenzen in Deutschland im Zentrum medialer	
Aufmerksamkeit	157
VI. Marktaustritte	158
VII. Zwischenfazit	160
B. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die „Zulassung“ eines	
Krankenhauses	160
I. Grundsätze der Zulassung nach Krankenhausplanungsrecht und	
Gewerbeordnung	161
II. Widerruf der gewerberechtlichen Konzession	162
III. Das Insolvenzverfahren als Grund für die Annahme fehlender	
Bedarfsgerechtigkeit	164
1. Bei Einstellung des Krankenhausbetriebs	164
2. Bei Fortführung des Krankenhausbetriebes	164
IV. Auswirkung des Insolvenzverfahrens auf bestehende	
Versorgungsverträge	167
1. Kündigungsgrund	167

2. Übertragung des Versorgungsvertrages .....	167
V. Ergebnis .....	169
C. Behandlung krankenhaushausrechtlicher Fördermittel in der Insolvenz .....	170
I. Die Fördermittel nach Krankenhausrecht .....	170
1. Die Investitionskosten, § 9 Abs. 1 KHG .....	170
2. Investitionsgleiche Kosten, § 9 Abs. 2 KHG .....	171
3. Zweckgebundenheit der Fördermittel .....	171
4. Förderarten .....	172
5. Umsetzung der Förderung .....	172
II. Schließungsförderung .....	173
1. Grundsätze nach Landeskrankenhausgesetzen .....	173
2. Urteil des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg v. 11.2.2015 .....	173
3. Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Berechtigung zur Schließungsförderung .....	175
a) Meinungsstand in der Literatur .....	175
b) Stellungnahme .....	175
aa) Divergierende Länderregelungen .....	176
bb) Freiwilligkeit des Ausscheidens aus dem Krankenhausplan .....	178
cc) Förderung als Instrument der Krankenhausplanung .....	178
dd) Verhältnis von Insolvenzeröffnung und Betriebseinstellung .....	179
ee) Dogmatische Einordnung der Anspruchsnorm .....	180
c) Zwischenergebnis .....	180
III. Anspruch auf Eigenmittelausgleich .....	181
IV. Zweckgebundene staatliche Zuwendungen in der Insolvenz des Zuwendungsempfängers .....	182
1. Zweckverfehlung und Insolvenz .....	183
a) Landeskrankenhausrechtliche Regelungen .....	184
b) Ermessensausübung .....	185
c) Auswirkungen des Insolvenzverfahrens .....	186

aa) Zweckverfehlung mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	186
bb) Zweckverfehlung mit Einstellung des Krankenhausbetriebes .....	187
cc) Zweckverfehlung bei übertragender Sanierung.....	188
2. Auswirkung auf die weitere Krankenhausförderung.....	189
a) Fördermittelvorgriff .....	189
b) Nutzungsdauer der Anlagegüter .....	191
3. Zusammenfassung.....	191
V. Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Instrumente in der Insolvenz .....	192
1. Insolvenzrecht und Verwaltungsrecht .....	192
2. Zäsur des § 87 InsO .....	193
3. Erlass von Verwaltungsakten in der Insolvenz des Fördermittelempfängers .....	193
a) Rückforderungsbescheide .....	193
b) Widerruf .....	195
c) Forderungsanmeldung zur Tabelle .....	196
d) Besonderheit des vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam gewordenen Rückforderungsbescheids als Titel i.S.v. § 179 Abs. 2 InsO .....	197
4. Zusammenfassung.....	198
VI. Der Rückforderungsanspruch als Insolvenzforderung .....	199
1. Ausgangspunkt: Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, Urteil v. 26.2.2015 – 3 C 8.14.....	199
2. Bewertung .....	200
VII. Möglichkeit der Aufrechnung durch die Förderbehörde – Reichweite der §§ 94 ff. InsO.....	201
1. Grundsätze .....	201
2. Problematik .....	202
3. Landesregelungen .....	203
4. Behandlung der landesrechtlichen Verrechnungsmöglich-keiten in der Insolvenz .....	204
a) Regelungszweck des § 96 InsO.....	204

b) Vorliegen von § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO .....	205
aa) Schließungsförderung .....	205
bb) Eigenmittelausgleich – Besonderheit bei aufschiebend bedingten Ansprüchen .....	205
c) Umgehung durch landesrechtliche Vorschriften .....	207
5. Ergebnis .....	207
VIII. Rückforderung der Investitionskostenmittel aus der „Vorprivatisierungszeit“ .....	208
1. Die Überführung auf eine privatrechtliche Gesellschaft .....	208
2. Gemeinde als Empfänger .....	209
3. Entlass der Gemeinde aus dem Förderrechtsverhältnis .....	209
a) Einzelrechtsnachfolge .....	211
b) Gesamtrechtsnachfolge .....	212
IX. Zusammenfassung .....	213
D. Erlöse eines Krankenhauses nach Pflegesatzrecht in der Insolvenz .....	215
I. Grundsätze der pflegerechtlichen Mehr- und Mindererlöse .....	215
1. Nach KHEntgG .....	215
2. Nach BPflV .....	218
II. Abrechnungsmodalitäten .....	219
1. Nach KHEntgG .....	219
2. Nach BPflV .....	220
III. Der Mehrerlösausgleich als Insolvenzforderung? .....	220
1. Begriff des Insolvenzgläubigers .....	220
2. Vermögensanspruch .....	221
a) Anspruchseigenschaft der Mehrerlösausgleiche .....	222
aa) Vergütungsanspruch des Krankenhausträgers .....	223
bb) Anspruch als Rechtsbegriff .....	224
cc) Rechtsquelle des Mehrerlösausgleichs .....	225
dd) Bedeutung des § 5 Abs. 5 KHEntgG .....	225
ee) Zwischenergebnis .....	226
3. Persönliche Haftung des Schuldners .....	227
4. Begründetheit der Forderung .....	228

a) Periodizität des Mehrerlösausgleichsanspruchs im System der Krankenhausfinanzierung .....	228
b) Begründetsein i.S.v. § 38 InsO.....	229
5. Anknüpfungspunkt für das Entstehen von Mehrerlösausgleichsansprüchen .....	230
a) prospektive Budgetvereinbarung für den Vereinbarungszeitraum .....	230
b) Überschreitung der Leistungszahlen .....	230
c) Budgetvereinbarung des Folgejahres .....	230
d) Stellungnahme unter Berücksichtigung insolvenzrechtlicher Dogmatik .....	230
aa) Krankenhausrechtliche Systematik .....	230
bb) Parallelität zur Behandlung von Steuerforderungen in der Insolvenz .....	231
cc) Dauerschuldverhältnisse.....	232
dd) Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung .....	234
ee) Ergebnis .....	234
6. Zusammenfassung.....	234
IV. Behandlung von Mindererlösen in der Insolvenz .....	235
V. Uneigentlicher Mehrerlösausgleich.....	235
VI. Zusammenfassung .....	236
E. Aufbewahrung von Krankenunterlagen.....	237
I. Einzelheiten zur Aufbewahrungspflicht .....	237
1. Patientenakten .....	238
2. Die Aufbewahrungspflicht aus insolvenzrechtlicher Sicht.....	238
II. Aufbewahrungspflicht im Falle der übertragenden Sanierung .....	239
III. Aufbewahrungspflicht im Falle der Eigenverwaltung .....	241
IV. Aufhebung des Insolvenzverfahrens, § 200 InsO .....	241
V. Aufbewahrung der Patientenakten im Falle der Einstellung des Insolvenzverfahrens nach § 211 InsO .....	242
VI. Lösungsansätze de lege ferenda.....	244
VII. Verwaltungsbezogene Unterlagen .....	246
VIII. Zusammenfassung.....	246

F. Besonderheiten des Rechtsschutzes .....	247
I. Unterbrechung und Wiederaufnahme von Prozessen .....	247
1. Grundsätze nach § 240 S. 1 ZPO .....	247
2. Aufnahme des unterbrochenen Prozesses .....	248
3. Das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen .....	248
a) Planaufnahme/Versorgungsverträge .....	249
b) Die Gewerbekonzession .....	253
II. Rechtsschutzbedürfnis .....	253
1. Rechtsschutzbedürfnis bei Einstellung des Krankenhausbetriebes .....	253
2. Rechtsschutzbedürfnis bei Auflösung der Gesellschaft i.S.d. § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG .....	255
III. Zusammenfassung .....	256
G. Der Krankenhausinsolvenzverwalter .....	256
I. Grundsätze nach § 56 InsO .....	256
II. Insolvenzverwalterspezifische Aufgaben .....	257
III. Besonderheiten des Krankenhaussektors .....	258
IV. Informationspflichten des Insolvenzverwalters bei beabsichtigter Stilllegung des Krankenhausbetriebes .....	260
1. Hintergrund .....	260
2. Auskunftsanspruch der Aufsichtsbehörde .....	261
a) Maßgebliche Bestimmungen der Landeskrankenhausgesetze	261
b) Möglichkeit der Durchsetzung des Auskunftsanspruches nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	264
c) Schadensersatzverpflichtung des Insolvenzverwalters .....	266
3. Auskunftsanspruch des staatlichen und kommunalen Gesellschafters	266
4. Auskunftsanspruch der Gläubiger .....	267
5. Ergebnis .....	267
<i>Resümee</i> .....	269
A. Krankenhäuser zwischen staatlicher Planung und Finanzierung .....	269
B. Die staatliche Letztverantwortung .....	270
C. Krankenhausrechtliche Besonderheiten im Insolvenzverfahren .....	272

Literaturverzeichnis .....	275
----------------------------	-----





## Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird auf *H. Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl. 2012 verwiesen. Der Ergänzung und Übersichtlichkeit halber seien nachstehend die wichtigsten Abkürzungen erklärt:

a.A.	anderer Auffassung
AbgrV	Verordnung über die Abgrenzung der im Pflegesatz nicht zu berücksichtigenden Investitionskosten von den pflegesatzfähigen Kosten der Krankenhäuser - Abgrenzungsverordnung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AG KHG S-H	Gesetz zur Ausführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (Schleswig-Holstein)
AO	Abgabenordnung
AOK	Allgemeine Ortskrankenkassen
BayKrG	Bayerisches Krankenhausgesetz
BbgKHEG	Gesetz zur Entwicklung der Krankenhäuser im Land Brandenburg
BGH	Bundesgerichtshof
BKK	Betriebskrankenkassen
BPflV	Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze – Bundespflegesatzverordnung
BremKHG	Bremisches Krankenhausfinanzierungsgesetz
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DawI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
DKI	Deutsches Krankenhausinstitut
DRG	Diagnosis Related Groups
EK	Ersatzkassen
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
HmbKHG	Hamburgisches Krankenhausgesetz
i.S.e	im Sinne eines/einer
InsO	Insolvenzordnung
i.V.m.	in Verbindung mit

KHBV	Verordnung über die Rechnungs- und Buchführungs- pflichten von Krankenhäusern
KHEntgG	Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen - Krankenhausentgeltgesetz
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Kranken- häuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze – Krankenhausfinanzierungsgesetz
KHG LSA	Krankenhausgesetz Sachsen-Anhalt
KHGG NRW	Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein- Westfalen
KHSG	Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhaus- versorgung – Krankenhausstrukturgesetz
KO	Konkursordnung
LKHG	Landeskrankenhausgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
PKV	Private Krankenversicherung
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
SKHG	Saarländisches Krankenhausgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung









## Einleitung

### A. Zur Thematik

Die Krankenhäuser sind ein Dauerthema der Gesundheitspolitik. In kaum einem anderen Bereich treffen so vielfältige Interessengegensätze aufeinander. Sie sind aber auch der größte Kostenblock des Gesundheitswesens; mit 73 Milliarden Euro im Jahr 2016 allein in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) sind sie für rund ein Drittel der Kosten verantwortlich und damit der weitaus größte Kostenfaktor der gesetzlichen Krankenversicherung.<sup>1</sup>

In den letzten 20 Jahren ist das sozialstaatliche Budget unter starken Druck geraten, da Einnahmen und Ausgaben immer weiter auseinanderklaffen.<sup>2</sup> Die Mittel der öffentlichen Hand schrumpfen, was einen Investitionsstau bei den Sanierungsinvestitionen nach sich zieht. Nicht selten gelten öffentliche Krankenhäuser deshalb als unzeitgemäßer Luxus und eine Privatisierung auch aufgrund der teils erdrückenden Haushaltssituation vieler Kommunen als angezeigt. Zudem besteht regelmäßig der Vorwurf, nur private Betreiber könnten ein qualitativ hochwertiges und wirtschaftliches Leistungsangebot sicherstellen.<sup>3</sup> Die Anzahl der Krankenhäuser in Deutschland sank innerhalb von 20 Jahren von einer Anzahl von 2269 Krankenhäuser im Jahr 1996 auf 1950 Einrichtungen im Jahr 2016.<sup>4</sup>

So verwundert es nicht, dass der Ruf nach Reformen und Konsolidierungsprozessen in diesem Bereich besonderes laut, angesichts vieler beteiligter Akteure aber schwer umzusetzen ist.<sup>5</sup> Trotz oder gerade aufgrund dieser Schwierigkeiten ist das Gesundheitswesen in Deutschland seit Jahren durch erhebliche Änderungen der gesetzlichen und finanziellen Rahmenbedingungen geprägt, welche – *inter alia* – zu einem verschärften Wettbewerb der Krankenhäuser untereinander geführt haben.<sup>6</sup> Hinzutreten auch Fragen der Gesundheitsökonomie, insbesondere danach, wie Wirtschaftlichkeitsreserven bei der Leistungserbringung erschlossen werden können, wie ein höheres Leistungsniveau erreicht werden und welche Steuerungsmechanismen hierbei genutzt werden können.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Nach Bundesministerium für Gesundheit, Gesetzliche Krankenversicherung - Kennzahlen und Faustformeln, abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/krankenversicherung/zahlen-und-fakten-zur-krankenversicherung/kennzahlen-daten-bekanntmachungen> (17.10.2017); zur Kostenentwicklung und Kostendämpfungsmaßnahmen im Gesundheitswesen vgl. auch *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, S. 223 ff.

<sup>2</sup> Einführend *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 2.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu bereits die Darstellung von *Bohle/Grau*, KH 2003, 698 ff.

<sup>4</sup> Zahlen abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Krankenhäuser> (29.07.2017); gleichzeitig sank die Verweildauer von 10,8 Tagen auf 7,3 Tage. Die Fallzahlen stiegen an von 16.1 auf 19.5 Millionen.

<sup>5</sup> Hinzu tritt, dass notwendige Reformen gleichsam in einer demografischen Falle verschluckt werden, da keine Partei Reformen wagt, welche in den Augen der älteren Generation als Risiko empfunden werden könnte.

<sup>6</sup> Im Überblick bei *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 16 Rn. 1, für den Krankenhaussektor ist insbesondere die Umstellung des Vergütungssystems von tagesgleichen Pflegesätzen auf diagnosebezogene Fallpauschalen (sog. Diagnosis Related Groups, DRG) zu nennen.

<sup>7</sup> *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 3.

Der Wettbewerb im Gesundheitswesen unterliegt dabei einem Spannungsverhältnis, einerseits kann der Wettbewerbsgedanke aufgrund der sozialpolitischen Bedeutung und der damit verbundenen intensiven Regulierungsbemühungen nur eingeschränkte Geltung beanspruchen, andererseits ist es der Wettbewerb, dem auch der Gesetzgeber die Aufgabe zuschreibt, dem durch steigende Ausgaben und teils unwirtschaftliche Strukturen geprägten Gesundheitswesen neue Kraft zu verleihen.<sup>8</sup>

Vor diesem Hintergrund ist der Krankenhausmarkt zu betrachten, der durch eine regional zu hohe Krankenhausdichte bei zu wenigen spezialisierten Einrichtungen geprägt ist. Neun Prozent der bundesweit 1950 Kliniken befinden sich laut des „Krankenhaus Rating Report 2017“ in erhöhter Insolvenzgefahr, weitere zwölf Prozent im ökonomisch problematischen „gelben“ Bereich.<sup>9</sup> Diese negative Entwicklung trifft vor allem auf öffentlich-rechtliche Krankenhausträger<sup>10</sup> zu.

Die Insolvenz eines Krankenhausträgers – früher noch undenkbar – entwickelt sich zunehmend zu einem Problem der kommunalen Daseinsvorsorge.<sup>11</sup> Die fehlenden Wirtschaftlichkeitsanreize sowie der technische Fortschritt als auch demografische Effekte während der 1970er und 1980er Jahre führten zu einem starken Kostenanstieg im Gesundheitswesen. Dieses Szenario ist von öffentlicher<sup>12</sup> und damit politischer Brisanz<sup>13</sup>, denn die Krankenhäuser sind oftmals die größten Arbeitgeber in der Region, und ein Krankenhaus vorzuhalten damit nicht selten auch eine Frage des politischen Profils. Hinzu tritt eine komplizierte juristische Gemengelage des Insolvenzrechts auf der einen, sowie des Staats- und Verwaltungsrechts auf der anderen Seite.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. *Rauh*, EuZW 2013, 129.

<sup>9</sup> Hierzu auch Der Tagesspiegel v. 21.06.2017, abrufbar unter: <http://www.tagesspiegel.de/politik/krankenhaus-rating-report-jede-zehnte-klinik-steht-vor-der-insolvenz/19962514.html> (1.08.2017).

<sup>10</sup> Gemeint sind hiermit nicht nur die Krankenhäuser, die rechtlich selbstständig als Zweckverbände, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts geführt werden oder rechtlich unselbstständige Eigen- oder Regiebetriebe von Kommunen sind, sondern auch Krankenhäuser in der Rechtsform von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), in denen sich Kommunen oder Bundesländer als Allein- oder überwiegend beteiligte Gesellschafter eingebracht haben.

<sup>11</sup> *Vallender*, ZInsO 2016, 773.

<sup>12</sup> Vgl. nur die Pressemitteilungen zur Insolvenz der Marienhospital Münster GmbH, abrufbar unter: <http://www.wn.de/Muensterland/Kreis-Steinfurt/Steinfurt/2014/12/1823729-Insolvenz-Marienhospital-Muensterland-GmbH-Ziel-Erhalt-der-drei-Haeuser>, zum Insolvenzantrag des Bürgerspitals Einbeck den Bericht im NDR, abrufbar unter: [http://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/braunschweig\\_harz\\_goettingen/Einbecker-Buergerspital-stellt-Insolvenzantrag,einbeck174.html](http://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/braunschweig_harz_goettingen/Einbecker-Buergerspital-stellt-Insolvenzantrag,einbeck174.html) (03.08.2017), zum Insolvenzantrag des Dominikus-Krankenhaus Düsseldorf-Heerdt den Bericht des RP, abrufbar unter: <http://www.rp-online.de/nrw/staedte/duesseldorf/dominikus-krankenhaus-in-duesseldorf-heerdt-stellt-insolvenzantrag-aid-1.5950517> (03.08.2017) sowie zur Insolvenz des St. Vinzenz Krankenhauses in Altena den Bericht des WDR, abrufbar unter: <http://www1.wdr.de/nachrichten/westfalen-lippe/vinzenz-krankenhaus-insolvent-altena-100.html> (03.08.2017).

<sup>13</sup> *Heise* spricht insoweit von einem „von der Allgemeinheit gemeinhin sehr sensibel beäugten Bereich des sozialstaatlichen Gesundheitswesens“, *ders.*, EuZW 2015, 739.

<sup>14</sup> *Bornheimer*, FS Görg, 71.



Die eigentlichen Gründe für die wirtschaftliche Schieflage einiger Krankenhausträger können vielfältiger Natur sein und reichen von Missmanagement<sup>15</sup> und Fehlinvestitionen bis hin zur Problematik des Krankenhausfinanzierungsrechts, welches durch eine relative Starrheit der Einnahmenseite bei gleichzeitig proportional stärker wachsender Ausgabenseite geprägt ist.<sup>16</sup> Dieses Erkenntnis ist mit dem geltenden Insolvenzrecht in Einklang zu bringen, das von der Insolvenz von Unternehmen ausgeht, die sich auf weit weniger regulierten Märkten bewegen. Gerade die duale Finanzierung bewirkt einen in vielen Bundesländern zu beobachtenden Investitionsstau bei der öffentlichen Förderung der Investitionskosten, welcher wiederum eine Steigerung der Betriebskosten zur Folge hat.<sup>17</sup>

Der Staat als Träger ist zuvorderst daran interessiert, keine Unterbrechung in der Versorgung des Patienten zuzulassen.<sup>18</sup> Demgegenüber bestimmt der Grundsatz der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung das Handeln des Insolvenzverwalters.<sup>19</sup> Damit bewegen sich die Akteure in einem Spannungsfeld aus ökonomischen und auf privatrechtliche Verhältnisse zugeschnittenen Regeln des Insolvenzrechts und den sozialstaatlichen Maßgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge.

Die Insolvenzen von Leistungserbringern im Gesundheitswesen sind nicht zuletzt deshalb in großem Maße komplex, weil neben berufs-, vertragsarzt-, gesellschafts- sowie zivilrechtlichen auch verwaltungs- und sozialrechtliche Regelungen zu beachten sind.<sup>20</sup> Im Krankenhauswesen tritt zudem die nicht zu unterschätzende regelungstechnische Komplexität der Finanzierung als weiterer Faktor hinzu. Insolvenzen im Gesundheitswesen sind hingegen keine außergewöhnliche Erscheinung; zu nennen seien die Insolvenz freiberuflich tätiger Ärzte<sup>21</sup>, die Möglichkeit der Insolvenz von Krankenkassen<sup>22</sup> oder die Insolvenz von Apotheken<sup>23</sup>.

---

<sup>15</sup> Hierzu der Bericht des Abendblattes v. 14.08.2017, abrufbar unter: <https://www.abendblatt.de/region/niedersachsen/article211577975/Buergermeisterin-hofft-auf-Rettung-des-Buergerspitals.html> (01.09.2017).

<sup>16</sup> *Bornheimer*, FS Görg, 71, 72 f., zur ökonomischen Kritik auch *Neubauer*, RPG 2009, 3 ff.; sowie unten Erster Teil I. D.

<sup>17</sup> S. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 25 Rn. 10; vgl. weiterhin auch zum Investitionsstau in Nordrhein-Westfalen den Bericht im *Kölner Stadt-Anzeiger* v. 31.08.2017, abrufbar unter: <http://www.ksta.de/nrw/investitionsstau-in-nrw-krankenhaeuser-fordern-mehr-geld-28256648> (11.09.2017).

<sup>18</sup> So auch *Vallender*, ZinsO 2016, 773, 781.

<sup>19</sup> Vgl. *Häsemeyer*, InsO, Rn. 15.06.

<sup>20</sup> So auch *Ziegler*, ZinsO 2014, 1577.

<sup>21</sup> Monographisch etwa *Bugger*, Der Selbstständige in der Insolvenz: eine insolvenzrechtliche Betrachtung des (zahn-)ärztlichen Berufes.

<sup>22</sup> Monographisch *Werner*, Schließung und Insolvenz gesetzlicher Krankenkassen; sowie *Lundberg/Sänger*, ZinsO 2012, 1556 ff., welche aufzeigen dass die gesetzlichen Regelungen zur Insolvenz von Krankenkassen nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich haben und im Ergebnis ein für Krankenkassen ungeeignetes Verfahren konstituieren, welches die Besonderheiten einer Krankenkasse und ihrer Rechtsbeziehungen sowie der systematischen und sozialstaatlichen Bedeutung der gesetzlichen Krankenversicherung nicht gerecht wird.

<sup>23</sup> Monographisch *Bunzel*, Insolvenz des Apothekers.

Neben der Ansammlung in Ausgleich zu bringender Rechtsnormen ist auch der Umstand der nicht unerheblichen Insolvenzgeneigtheit des derzeitigen Systems der Krankenhausfinanzierung zu beachten, welche insbesondere dann noch verstärkt zum Vorschein kommt, wenn das Krankenhaus einen öffentlich-rechtlichen Gesellschafterkreis und damit dem Faktor der „leeren Kassen“ der Kommunen ausgesetzt ist. Abgerundet wird diese Melange durch die zuweilen anzutreffende Verhaftung im Verwaltungsdenken und die fehlende Professionalisierung der Krankenhausführung sowie die politische Einflussnahme, wenn sich beispielsweise ein einflussreicher Landrat durchsetzen und „sein“ Kleinstkrankenhaus<sup>24</sup> im Krankenhausplan unterbringen konnte.<sup>25</sup>

Heruntergebrochen geht es um den Dauerkonflikt zwischen Geld und Gesundheit, zwischen sozial tragbaren Pflegesätzen auf der einen und einer bedarfsge rechten Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern auf der anderen Seite.<sup>26</sup>

Vor dem Hintergrund der Notwendigkeit, den Versorgungsauftrag für eine zunehmend älter werdende Bevölkerung möglichst wirtschaftlich erfüllen zu können, spielt die Behandlung und Lösung der Krise eines Krankenhauses mit den Mitteln des geltenden Insolvenzrechts eine bedeutende Rolle. Die folgende Arbeit soll hierzu einen Beitrag leisten.

## **B. Gang der Untersuchung**

Im Zentrum der Arbeit steht die Frage, welche rechtlichen Besonderheiten die Insolvenz eines Krankenhausträgers mit sich bringt und wie diese dogmatisch zu beantworten sind. Mangels Insolvenzfähigkeit von kommunalen Regie- und Eigenbetrieben und der grundsätzlichen Insolvenzunfähigkeit landesunmittelbarer juristischer Personen des öffentlichen Rechts gem. § 12 Abs.1 Nr. 2 InsO i.V.m. landesrechtlichen Regelungen<sup>27</sup> steht die Insolvenz eines Krankenhauses in der Rechtsform einer GmbH im Vordergrund, in deren Gesellschafterkreis sich eine Kommune oder ein Bundesland befindet oder welches rein durch eine privatförmige Krankenhausgesellschaft

---

<sup>24</sup> Hierauf hinweisend *Bornheimer*, FS Görg, 2010, 71, 73.

<sup>25</sup> Ferner auch *Busse*, GuP 2017, 150, welcher darauf hinweist, dass allein jeder vierte Arbeitnehmer der 4,9 Millionen Beschäftigten im Gesundheitswesen seinen Arbeitsplatz in einem der knapp 2.000 Akut-Krankenhäuser hat und manche Region mit Schließung dieser Einrichtung nicht nur ihren wichtigsten Arbeitgeber, sondern auch unzählige Arbeitsplätze mit direktem oder indirektem Bezug verlöre.

<sup>26</sup> So *Detting/Gerlach*, Krankenhausrecht, Einl. Rn. 13, welche das Krankenhausrecht überdies als permanenten „politischen Zankapfel“ beschreiben, obwohl das Rangverhältnis eigentlich geklärt sei, da nach Rspr. des BVerfG und des EuGH die Rechtsgüter Leben und Gesundheit in der Wertordnung des GG und der EU den Rang von Höchstwerten einnehmen und als solche in der Werthierarchie ebenso Vorrang vor privaten wirtschaftlichen Interessen wie vor den wirtschaftlichen Zwängen öffentlicher Haushalte genießen. Nach dem BVerfG soll andererseits aber auch die Finanzierbarkeit der GKV ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ bilden, zu dem es die Beitragssatzstabilität als „unabdingbare Voraussetzung für ein Fortbestehen des gegenwärtigen Systems“ zählt. Damit wird dem Gesetzgeber ein de facto uneingeschränkter Spielraum bei der Gestaltung des Systems der GKV und mithin des Gesundheitswesens eingeräumt.

<sup>27</sup> Vgl. ausführlich *Engelsing*, Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, S. 146 ff.

betrieben wird und das anders als reine Privatkliniken<sup>28</sup> an der staatlichen Finanzierung nach Maßgabe des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (*Krankenhausfinanzierungsgesetz* - KHG) teilnimmt.

Ziel des Vorhabens ist es, aktuelle dogmatische Fragestellungen an der Schnittstelle von Insolvenz- und Krankenhausrecht einer tragbaren Lösung zuzuführen. Hierbei gilt es, durchgehend die gesundheitsökonomische und sozialrechtliche Reichweite der Fragestellung im Blick zu behalten.

Die Untersuchung erfolgt in drei Teilen:

Bevor auf die zentralen Rechtsfragen eingegangen wird, erfolgt eine Darstellung des Krankenhausmarktes in Deutschland. Hierbei sollen zuerst die gesetzlichen Grundlagen skizziert und ferner herausgearbeitet werden, wie diese das Agieren des Krankenhauses im Wettbewerb beeinflussen. Anders als eine private Gesellschaft oder ein privater Unternehmer unterliegt das Krankenhaus strengen rechtlichen Vorgaben, welche sowohl mitursächlich für die Krise sind, als auch Auswirkungen auf die Handhabung eben solcher Krisen haben können. Dargestellt werden sollen die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Gesundheitswesens sowie die Grundlagen des Krankenhausrechts, d.h. das Krankenhausplanungs- und finanzierungsrecht. Weiterhin wird noch ein Überblick über die verschiedenen Organisationsformen der Krankenhäuser in Deutschland gegeben. Zuletzt wird der Krankenhausmarkt einer gesundheitsökonomischen Untersuchung unterzogen. Ziel ist es, aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht zentrale Probleme der Krankenhausplanung und -finanzierung zu analysieren und hieraus Erkenntnisse für die Gründe der Insolvenzgeneignetheit des derzeitigen Systems sowie für den Umgang mit einem Krankenhaus in einer Krisensituation gewinnen zu können.

Im zweiten Teil erfolgt eine staatsrechtliche Einordnung der Krankenhausinsolvenz, die sich in einem Spannungsfeld zwischen autonomen Gläubigerentscheidungen und staatlicher Sicherstellungsverantwortung befindet. Skizziert wird die marktwirtschaftliche Ausrichtung der Insolvenzordnung einerseits sowie die staatliche Verpflichtung für eine bedarfsgerechte Krankenhausversorgung andererseits. Zentral geht es dabei um die Konturierung eines Krankenhaushausgewährleistungsrechts, dessen Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Insolvenz eines Krankenhausträgers im größeren Kontext des demografischen Wandels und den damit einhergehenden Folgen untersucht wird.

Das Ergebnis einer unternehmerischen Fehlleistung muss im Grundsatz das Ausscheiden dieses Unternehmens aus dem Markt sein. Bezogen auf den Krankenhausmarkt bedeutet dies zunächst, dass Krankenhäuser dort, wo sie nicht gebraucht werden, auch nicht mehr fortbestehen sollen. Wie verhält es sich aber dort, wo ein Krankenhaus nicht wettbewerbsfähig ist, aber unter dem Gesichtspunkt der Daseinsfürsorge bzw. der bedarfsgerechten Versorgung gebraucht wird?

---

<sup>28</sup> D.h. solche, die weder in einen Landeskrankenhausplan aufgenommen noch Versorgungsaufträge mit den gesetzlichen Krankenkassen abgeschlossen haben und somit keine Investitionszuschüsse erhalten und nicht über die Möglichkeit verfügen, ihre Leistungen von Seiten der gesetzlichen Krankenkassen vergütet zu bekommen.

Ausgewählte insolvenzrechtliche Probleme im Lichte dieser Fragestellung einer dogmatisch tragfähigen, den Konflikt zwischen Insolvenz- und Krankenhausrecht beachtenden, Lösung zuzuführen ist Gegenstand des dritten Teils der Arbeit. Zentral geht es hierbei um die Handhabung der pflegeersatzrechtlichen Erlöse, sowie der investiven Fördermittel im Fall der Insolvenz.

## **Krankenhausmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb**

Der zentralen Frage des Zusammenspiels krankenhaus- und insolvenzrechtlicher Normen ist eine Einordnung und Analyse des deutschen Krankenhausrechts vorgelagert. Im folgenden Teil sollen daher der Gesundheitsmarkt, auf dem der Krankenhausträger zu agieren hat sowie die rechtlichen und ökonomischen Parameter dieses regulierten Feldes beleuchtet und systematisch dargestellt werden. Diese Rahmenbedingungen zeigen zudem die Grenzen unternehmerischer Gestaltungsspielräume auf und bedingen, dass sich die Krisensituation eines Krankenhauses erheblich von derjenigen anderer Unternehmen unterscheidet.

### **A. Der deutsche Gesundheitsmarkt**

Gem. § 1 SGB V hat die gesetzliche Krankenversicherung und somit das deutsche Gesundheitssystem die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder zu verbessern, wozu eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Versorgung zu gewähren ist.

Die Gesundheitswirtschaft in Deutschland setzt sich dabei aus vielen Akteuren zusammen. Der Kernbereich, auch erster Gesundheitsmarkt genannt, umfasst den Bereich der „klassischen“ Gesundheitsversorgung, die größtenteils durch die gesetzliche Krankenversicherung und die private Krankenversicherung (PKV), zu kleineren Anteilen auch durch Arbeitgeber (Lohnfortzahlung im Krankheitsfall), den Staat (Zuschüsse zur GKV) und weitere Sozialversicherungsträger geprägt ist.<sup>29</sup>

Als zweiter Gesundheitsmarkt werden alle privat finanzierten Produkte und Dienstleistungen rund um die Gesundheit bezeichnet. Dabei ist die Zuordnung, welche Waren und Dienstleistungen einen Bezug zur Gesundheit aufweisen, nicht klar definiert und teilweise umstritten. Der zweite Gesundheitsmarkt umfasst nach allgemeinem Verständnis freiverkäufliche Arzneimittel und individuelle Gesundheitsleistungen, Fitness und Wellness, Gesundheitstourismus sowie – zum Teil – die Bereiche Sport/Freizeit, Ernährung und Wohnen.<sup>30</sup>

Das Gesundheitswesen umfasst alle Einrichtungen, die die Gesundheit der Bevölkerung erhalten, fördern und wiederherstellen sowie Krankheiten vorbeugen. 75 Prozent der Gesundheitsausgaben werden in Deutschland öffentlich über Sozialabgaben und Steuern finanziert, 25 Prozent von privaten Haushalten und Organisationen sowie von Arbeitgebern. Die Gesundheitswirtschaft ist mit einem Anteil von über zehn Prozent am Bruttoinlandsprodukt und ca. 4,5 Millionen Arbeitsplätzen einer der größten Wirtschaftszweige.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> S. „Gesundheitswirtschaft im Überblick“, des Bundesministeriums für Gesundheit, abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/gesundheitswesen/gesundheitswirtschaft/gesundheitswirtschaft-im-ueberblick.html> (23.07.2017).

<sup>30</sup> Ebd.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu die Webseite des AOK Bundesverbandes, abrufbar unter: [http://aok-bv.de/lexikon/g/index\\_00369.html](http://aok-bv.de/lexikon/g/index_00369.html) (23.07.2017); *Lege* bezeichnet das Gesundheitswesen als in erster Linie „großen Haufen Geld“, *ders.*, VVDStRL 70 (2011), 112, 116.

## I. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Gesundheitswesens<sup>32</sup>

Eine generelle Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Gesundheitswesen besteht nicht, vielmehr erstreckt sich die (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz auf die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 11, 12<sup>33</sup>, 19, 19a und 26 GG beschriebenen Regelungskomplexe.<sup>34</sup> Damit besitzt der Bund mit den Worten des BVerfG „keine Globalermächtigung für den Bereich des Gesundheitswesens“.<sup>35</sup>

Grundrechtliche Implikationen erfährt das Gesundheitswesen zunächst durch den Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG und die in diesem Zusammenhang zu nennenden ethisch komplexen Diskussionen um die Präimplantationsdiagnostik<sup>36</sup> und das therapeutische Klonen<sup>37, 38</sup>. Weiterhin von Bedeutung sind die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG, das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, die Freiheit von Wissenschaft, Lehre und Forschung gem. Art. 5 Abs. 3 GG sowie die Berufswahl- und Ausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>39</sup> Das verfassungsrechtliche Normengefüge gestaltet unmittelbar die Strukturen des Krankenhauswesens.

## II. Institutionen des Gesundheitswesens

Der Gesundheitsmarkt ist durch ein Zusammenspiel verschiedener Akteure geprägt, wobei im Folgenden allein das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung nach Maßgabe des SGB V Gegenstand der Untersuchung ist.<sup>40</sup>

### 1. Krankenversicherungen

Nach der bekannten Definition von *Wannagat*<sup>41</sup> ist die Sozialversicherung „eine staatlich organisierte, nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung aufgebaute öffentlich-rechtliche, vorwiegend auf Zwang beruhende Versicherung großer Teile der arbeitenden Bevölkerung für den Fall der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit und des Todes sowie des Eintritts der Arbeitslosigkeit“. Im Allgemeinen kann die Sozialversicherung damit als Rückgrat der sozialen Sicherheit in Deutschland bezeichnet werden.

---

<sup>32</sup> Hierzu ausführlich *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, Kap. 4.

<sup>33</sup> Zur Gesetzgebungskompetenz im Krankenhausrecht siehe unten Erster Teil I. B. I. monographisch zur Gesetzgebungskompetenz in der Sozialversicherung *Schenkel*, Sozialversicherung und Grundgesetz.

<sup>34</sup> Hierzu *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht Kap. 4 Rn. 1 ff.; *Steiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 74 GG Rn. 1 ff.

<sup>35</sup> BVerfGE 102, 26, 37.

<sup>36</sup> Hierzu *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, Art. 1 Rn. 113 (m.w.N.); monographisch *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem.

<sup>37</sup> Rechtspolitisch betrachtend *Schulz*, ZRP 2003, 362 ff.

<sup>38</sup> Ausführlich *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, Kap. 4 Rn. 18.

<sup>39</sup> Ebd., Kap. 4 Rn. 4.

<sup>40</sup> Das Recht der privaten Krankenversicherung bleibt außer Betracht, vgl. hierzu eingehend *Sodan*, in: ders., Hd. des Krankenversicherungsrechts, § 42.

<sup>41</sup> *Ders.*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, S. 25.

Die gesetzliche Krankenversicherung als ältester Zweig der Sozialversicherung sichert wiederum das Risiko gegen Krankheit ab.<sup>42</sup>

## a) Grundlagen

Die gesetzliche Krankenversicherung wurde 1883/84 unter der Zielsetzung des Ausgleichs der im Krankheitsfall auftretenden Belastungen der Arbeiter und ihrer Familienangehörigen durch Versicherungsleistungen eingeführt.<sup>43</sup> Seit Jahrzehnten steigen die Kosten für die Vorsorge gegen das Risiko Krankheit schneller als die Löhne und Gehälter, aus denen sie finanziert werden, was einen stetigen Anstieg der Beitragssätze, sowie einen kontinuierlichen Reformprozess im Krankenversicherungsrecht bedingt.<sup>44</sup>

Die gesetzliche Krankenversicherung wird von den Krankenkassen durchgeführt, welche nach den §§ 4 Abs. 1 SGB V, 29 Abs. 1 SGB IV als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts unter Einschluss der Selbstverwaltung organisiert sind.<sup>45</sup> § 4 Abs. 2 SGB V nennt sechs verschiedene Krankenkassenarten, darunter die allgemeinen Ortskrankenkassen (AOK), die Betriebskrankenkassen (BKK) und die Ersatzkassen (EK).

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V stellen die Krankenkassen den Versicherten die im Dritten Kapitel des SGB V aufgeführten Leistungen zur Verfügung. Die Rechtsbeziehung zwischen Krankenkassen und Versicherten ist das Versicherungsverhältnis. § 5 SGB V wiederum regelt, wer in Deutschland versicherungspflichtig ist. Gemeinsames Charakteristikum nahezu aller Versicherungspflichtigen ist die Nähe ihrer persönlichen Lebensverhältnisse zu einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis.<sup>46</sup>

Der Versicherungsfall ist das Ereignis, dessen Eintritt die Leistungspflicht versicherungstechnisch begründet. Die leistungsauslösenden Versicherungsfälle der gesetzlichen Krankenversicherung sind Krankheit, Schwangerschaft und Mutterschaft.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> S. Muckel/Ogorek, Sozialrecht, § 8 Rn. 3.

<sup>43</sup> Vgl. zum historischen Hintergrund ausführlich Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, § 2.

<sup>44</sup> So auch Kokemoor, Sozialrecht, Rn. 168; Fuchs/Preis beschreiben ein Spannungsfeld zwischen Versicherten und Leistungserbringern auf der einen Seite und deren Interesse an einer möglichst umfassenden Gesundheitsversorgung und der durch begrenzte finanzielle Ressourcen gekennzeichnete Leistungsfähigkeit der Krankenkassen auf der anderen Seite; zu verfassungs- und sozialrechtlichen Aspekten der Finanzierung monographisch Schaks, Der Grundsatz der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung.

<sup>45</sup> Ausführlich Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, § 17 Rn. 1 ff.; Unter (gemeinsamer) Selbstverwaltung wird das Zusammenwirken der Krankenkassen, Leistungserbringer und ihrer jeweiligen Verbände zur Sicherstellung der Versorgung der Versicherten verstanden. Insbesondere wird ein gemeinsamer Bundesausschuss gebildet (§ 92 SGB V), der aus Mitgliedern der Kassenärztlichen Vereinigung, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und dem Spitzenverbund der Krankenkassen zusammensetzt und die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten beschließt; monographisch Zimmermann, Der gemeinsame Bundesausschuss.

<sup>46</sup> Ausführlich ebd., § 18 II.

<sup>47</sup> Ausführlich Bley/Kreikebohm/Marschner, Rn. 488 ff.

Die Krankenkasse kann zur Leistungserbringung entweder Angehörige der im Gesundheitswesen tätigen Berufsgruppen anstellen und die Leistungen damit unmittelbar erbringen oder sie kann auch selbstständige Leistungserbringer<sup>48</sup> verpflichten, ihre Leistungen nach Maßgabe der Vorschriften der GKV zu erbringen.<sup>49</sup> Inhalt und Umfang der Leistungen der GKV werden auf diesem Weg Gegenstand einer weiteren Rechtsbeziehung, dem Abrechnungsverhältnis; die Leistungsbeziehungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung stellen sich damit im Grundsatz als Dreiecksbeziehung zwischen Versicherten, Krankenkassen und Leistungserbringern dar.<sup>50</sup>

Schließlich haben die Versicherten unter den Voraussetzungen der §§ 1, 2, 12, 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 39 Abs. 1 SGB V Anspruch auf eine Krankenhausbehandlung.<sup>51</sup>

## **b) Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung**

Für die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung gelten die Bestimmungen der §§ 220–274 SGB V. Die Finanzmittel der gesetzlichen Krankenversicherung beruhen nahezu vollständig auf Beiträgen<sup>52</sup>, vgl. § 220 Abs. 1 S. 1 SGB V; sonstige Einnahmen sind Zuschüsse, Erstattungs- und Ersatzansprüche oder Erträge, Zinsen und Gebühren.<sup>53</sup>

Im Jahr 2009 wurde zudem die Einführung eines sog. Gesundheitsfonds beschlossen; dieser ist ein Sondervermögen, das vom Bundesverwaltungsamt verwaltet wird.<sup>54</sup> Gem. § 271 Abs. 2 SGB V hat der Gesundheitsfonds eine Liquiditätsreserve aufzubauen, aus der unterjährige Schwankungen in den Einnahmen zu decken sind. Die Mittelzuweisung an die Krankenkassen ist gesetzlich vorgegeben, vgl. § 271 Abs. 5 SGB V.<sup>55</sup>

Soweit der Finanzbedarf einer Krankenkasse durch eben diese Zuweisungen nicht gedeckt ist, hat sie durch Satzung zu bestimmen, dass von den Mitgliedern ein einkommensabhängiger Zusatzbeitrag erhoben wird, § 242 Abs. 1 S. 1 SGB V.<sup>56</sup>

---

<sup>48</sup> Übersicht über Unternehmen der Gesundheitswirtschaft und ihre Umsätze, abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/gesundheitswesen/gesundheitswirtschaft/bedeutung-der-gesundheitswirtschaft.html> (1.08.2017).

<sup>49</sup> Hierzu Ratzel/Luxenburger/Beeretz, Handbuch Medizinrecht, Kap. 6 Rn. 65.

<sup>50</sup> Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, § 20 V.

<sup>51</sup> Zur Institution Krankenhaus sogleich unter A. II. 2.

<sup>52</sup> Der Beitragssatz wird durch die Bundesregierung durch Rechtsverordnung festgelegt und beträgt derzeit 14,6 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen (03.08.2017).

<sup>53</sup> Waltermann, in: Kommentar zum Sozialrecht, Einleitung zum SGB V Rn. 22.

<sup>54</sup> Einführend Pfohl/Sichert, NZS 2009, 71 ff.

<sup>55</sup> Ausführlich hierzu Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, § 22 II.

<sup>56</sup> Weiterführend zur Insolvenz von Krankenkassen, vgl. Lundberg/Sänger, ZInsO 2012, 1556.



## 2. Krankenhäuser

Das Recht der Krankenhausplanung und -finanzierung stellt zentral auf den Begriff „Krankenhaus“ ab; dieser bedarf deshalb einer Klärung sowie einer Abgrenzung zu anderen stationären Versorgungseinrichtungen.<sup>57</sup>

Der Begriff Krankenhaus wird von § 2 KHG und von § 107 SGB V unterschiedlich definiert.

Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 KHG sind Krankenhäuser Einrichtungen, in denen durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten [...] festgestellt, geheilt oder gelindert werden sollen [...] und in denen die zu versorgenden Personen untergebracht und gepflegt werden können.

Der Krankenhausbegriff des SGB V knüpft an die Legaldefinition des § 2 Nr. 1 KHG an und konkretisiert ihn unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts durch Aufstellung bestimmter organisatorischer und funktioneller Merkmale.<sup>58</sup>

§ 107 Abs. 1 SGB V folgend sind Krankenhäuser Einrichtungen, die der Krankenhausbehandlung oder Geburtshilfe dienen (Nr. 1), die fachlich-medizinisch unter ständiger ärztlicher Leitung stehen, über ausreichende, ihrem Versorgungsauftrag entsprechende diagnostische und therapeutische Möglichkeiten verfügen und nach wissenschaftlich anerkannten Methoden arbeiten (Nr. 2), die mit Hilfe von jederzeit verfügbarem ärztlichem, Pflege-, Funktions- und medizinisch-technischem Personal darauf eingerichtet sind, vorwiegend durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten der Patienten zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten, Krankheitsbeschwerden zu lindern oder Geburtshilfe zu leisten (Nr. 3) und in denen die Patienten untergebracht und gepflegt werden können (Nr.4).

Für die nachstehende Erörterung kommt es dabei weniger auf die Definition als auf die Teilnahme des Krankenhauses an der öffentlichen Förderung nach dem KHG an.<sup>59</sup> Hierbei gilt es zu beachten, dass von dieser Förderung gem. § 3 KHG von vornherein bestimmte Krankenhäuser ausgenommen sind, die entgegen der Zielsetzung des KHG nicht in erster Linie der Allgemeinheit, sondern nur der Versorgung eines engeren, bestimmten Benutzerkreises dienen.<sup>60</sup> Im Übrigen gilt, dass die Krankenhausbegriffe des KHG und des SGB V hinsichtlich der materiellen Anforderungen an die Leistungserbringung deckungsgleich sind.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Vgl. Ratzel/Luxenburger/Rehborn/Thomae, Handbuch Medizinrecht, Kap. 30 Rn. 10.

<sup>58</sup> Vgl. auch Krankenhäuser in privater Trägerschaft – Rechtsgrundlagen, verfassungsrechtliche Vorgaben und Finanzierung, Ausarbeitung WD 9 – 3000 – 095/13 des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages.

<sup>59</sup> Hinzuweisen sei hier auf die Abgrenzung zu den sog. Privatkrankenhäusern, welche keine Zulassung nach § 108 SGB V innehaben, also weder in einen Landeskrankenhausplan aufgenommen wurde noch einen Versorgungsvertrag mit den Gesetzlichen Krankenkassen abgeschlossen haben. Dadurch bleibt nur die Versorgung der Privatversicherten.

<sup>60</sup> Vgl. Würtenberger/Altschwager, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 3 KHG Rn. 2.

<sup>61</sup> Quaas/Zuck, Medizinrecht § 25 Rn. 41; Ausführlich zum Krankenhausbegriff Schmidt, in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung Teil II, § 39 SGB V Rn. 65 ff.

### III. Sachleistungs- und Kostenerstattungsprinzip

Das Sozialversicherungsrecht stellt nach § 11 SGB I grundsätzlich Dienst-, Sach- und Geldleistungen zur Verfügung. Das Krankenversicherungsrecht sieht nur ausnahmsweise Geldleistungsansprüche vor, welche auf die Zahlung von Krankengeld nach § 44 f. SGB V oder auf Fahrgeld nach § 60 SGB V gerichtet sind.<sup>62</sup>

Dem Leistungserbringungsrecht im System der gesetzlichen Krankenversicherung liegt ein Dreiecksverhältnis zugrunde, da die Krankenkassen nicht über die Möglichkeit verfügen, Behandlungsleistungen gegenüber den Versicherten direkt zu erbringen.<sup>63</sup> Im Krankenhausbereich werden die Sachleistungen durch die Leistungserbringer im Auftrag der Krankenkassen zur Verfügung gestellt, vgl. §§ 27, 39 SGB.

Gem. den §§ 2 Abs. 2 S. 1, 13 Abs. 1 SGB V werden die gesetzlich geschuldeten Leistungen grundsätzlich als Sach- oder Dienstleistungen erbracht; nur ausnahmsweise besteht bei abweichender gesetzlicher Regelung Anspruch auf Erstattung oder Geldleistungen. Das Sachleistungsprinzip stellt damit als Strukturelement die Regelform der Leistungsgewährung dar und bietet für den Versicherten den Vorteil, nicht in Vorleistung gehen zu müssen und schützt vor dem Risiko, Kosten bei fehlender medizinischer Notwendigkeit bzw. Unwirtschaftlichkeit nicht erstattet zu bekommen.<sup>64</sup>

Zur Sicherstellung und Gewährleistung der Leistungserbringung schließen die Krankenkassen gem. § 2 Abs. 2 S. 3 SGB V Verträge mit den Leistungserbringern, welche auch die Vergütung der Leistungserbringung zu regeln haben.

§ 13 Abs. 2 SGB V bestimmt, dass Versicherte ausnahmsweise Kostenerstattung wählen können.<sup>65</sup> Der Patient schließt dann einen Behandlungsvertrag mit dem Leistungserbringer und schuldet diesem die Gegenleistung selbst, welche vorzufinanzieren ist.

### B. Grundlagen des Krankenhausrechts

Im Folgenden sollen die Grundlagen des Krankenhausrechts<sup>66</sup> dargestellt werden. Insbesondere erfolgt eine Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen, sowie ein Überblick über das Krankenhausplanungs- und finanzierungsrecht.

Das Krankenhausrecht ist teilweise öffentliches Recht, teilweise privates Recht und wird – vor dem Hintergrund der vertikalen Normenhierarchie – auf einer

---

<sup>62</sup> Vgl. Ratzel/Luxenburger/Beeretz, Handbuch Medizinrecht, Kap. 6 Rn. 58.

<sup>63</sup> Vgl. Hornig, in: HB FA Sozialrecht, Kap. 6 Rn. 21.

<sup>64</sup> Vgl. Hornig, in: HB FA Sozialrecht, Kap. 6 Rn. 24; Ratzel/Luxenburger/Beeretz, Handbuch Medizinrecht, Kap. 6 Rn. 60.

<sup>65</sup> Zum Kostenerstattungsprinzip ausführlich Hauck, in: Sodan, Hd. des Krankenversicherungsrechts, § 8 Rn. 22 ff.

<sup>66</sup> Der Begriff des „Krankenhausrechts“ ist gesetzlich nicht definiert. Das Krankenhausrecht wird als Teil des umfassenden Gesundheits- oder Medizinrechts angesehen und stellt insoweit – durch das KHG und das KHEntgG – einen speziell geregelten Bereich des besonderen Verwaltungsrechts dar. Es handelt sich um ein Rechtsgebiet, dessen Grundstrukturen den zugrundeliegenden Rechtsnormen zu entnehmen sind, s. statt vieler Quaas, MedR 2002, 273.

Vielzahl von Ebenen normiert und beeinflusst.<sup>67</sup> Die Spannweite reicht vom Unionsrecht über Bundes- und Landesrecht bis hin zum krankenhausindividuellen Pflegesatzrecht.<sup>68</sup>

## **I. Gesetzgebungskompetenzen<sup>69</sup>**

Im Krankenhauswesen bestehen sowohl Gesetzgebungskompetenzen des Bundes als auch der Länder.

### **1. Kompetenzen des Bundes**

Durch das 22. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. Mai 1969, mit dem Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG eingefügt wurde, wurde dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und der Krankenhauspflegesätze eingeräumt.<sup>70</sup>

Die von dieser Kompetenznorm allein gedeckte „wirtschaftliche Sicherung“ der Krankenhäuser umfasst alle Regelungen, die gewährleisten sollen, dass die Krankenhäuser die für die notwendige Krankenhausversorgung der Bevölkerung erforderlichen finanziellen Mittel haben. Dazu zählt insbesondere die Einaräumung wirtschaftlicher Hilfen, wie Subventionsansprüche, nicht aber allgemein eine bundesrechtliche Krankenhausorganisation oder -planung.<sup>71</sup>

Einzelne Vorschriften, die das Krankenhauswesen betreffen, sind allerdings schon früher in Kraft gewesen und weiterhin in Geltung. Sie sind teils auf Nr. 7, Nr. 10 und Nr. 12 gestützt und finden sich u.a. im Bundessozialhilfegesetz, im Bundesversorgungsgesetz und in den Sozialversicherungsgesetzen; teils betreffen sie die gewerbliche Seite und gründen sich dann auf Nr. 11, etwa die §§ 30, 49, 53 GewO.<sup>72</sup>

Aufgrund der Kompetenz nach Art. 74 Nr. 19a ist das Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (*Krankenhausfinanzierungsgesetz* - KHG) v. 29. 6. 1972 (BGBl. I S. 1009) ergangen.<sup>73</sup> Dieses Gesetz beruht auf dem Prinzip, dass die Investitionen der Krankenhäuser aus öffentlichen Förderungsmitteln, die Betriebskosten hingegen aus den Pflegesätzen aufgebracht werden. Dieses Prinzip ergibt sich nicht aus der Verfassung, der Gesetzgeber kann auch andere Regelungen vorsehen.<sup>74</sup>

---

<sup>67</sup> So ausdrücklich *Dettling/Gerlach*, Krankenhausrecht, Einl. Rn. 2.

<sup>68</sup> Ebd.

<sup>69</sup> Einleitend *Kuhla*, NZS 2014, 361 ff, welcher ergänzende Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Regelungsbefugnisse der Selbstverwaltungspartner leistet.

<sup>70</sup> S. Ratzel/Luxenburger/*Rehborn/Thomae*, Handbuch Medizinrecht, § 30 Rn. 4; frühere Pläne, etwa die Krankenhausplanung als umfassende Gemeinschaftsaufgabe von Bund und Ländern auszugestalten, waren am Widerstand der Länder gescheitert.

<sup>71</sup> V. Münch/*Kunig*, GG, Art. 74 Rn. 82; Sachs/*Degenhart*, GG, Art. 74 Rn. 89.

<sup>72</sup> *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74 Rn. 220 f.

<sup>73</sup> S. Ratzel/Luxenburger/*Rehborn/Thomae*, Handbuch Medizinrecht, Kap. 30 Rn. 8.

<sup>74</sup> *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74 Rn. 223.

## 2. Kompetenzen der Länder

In die Kompetenz der Länder fallen mithin die Bereiche der Krankenhausorganisation und Krankenhausplanung sowie die Aufsicht über Krankenhäuser, soweit sich Regelungen innerhalb dieser Sachmaterien nicht als notwendig für Maßnahmen zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser erweisen.<sup>75</sup> Krankenhausplanung ist daher Ländersache i.S. der Ausübung einer ausschließlichen Gesetzgebungs- und Gesetzesvollziehungskompetenz nach den Artt. 70, 83 GG.<sup>76</sup> Dem Bundesgesetzgeber stehen jedoch Annexkompetenzen zu. So darf er bei der Ausschöpfung seiner Kompetenzen gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG zur Verwirklichung der ihm überantworteten Zielsetzung des effektiven Einsatzes der Finanzmittel weitergehend regulieren und etwa die Krankenhausplanung betreffende Bundesvorgaben erlassen, die auf die wirtschaftliche Sicherung des Krankenhauswesens abzielen und hierbei einen allgemeinen Standard der Krankenhausversorgung sichern wollen.<sup>77</sup>

Im Recht der Krankenhausfinanzierung hat der Bundesgesetzgeber zudem den Ländern weite Ausgestaltungs- und Konkretisierungsspielräume eingeräumt; so enthält das KHG eine Vielzahl an Bestimmungen, die eine solche Zweistufigkeit vorgeben.<sup>78</sup> Die Länder haben von ihrer Gesetzgebungskompetenz in verschiedener Intensität Gebrauch gemacht. Sämtliche Landeskrankenhausgesetze enthalten Regelungen in Ausführung und Ergänzung des Bundesrechts, einzelne Länder haben aber auch Bestimmungen, bspw. zur Leistungs- und Organisationsstruktur der Krankenhäuser aufgenommen.<sup>79</sup>

Letztlich ist eine recht weitreichende Verschränkung bundes- und landesrechtlicher Regelungen im Krankenhaussektor zu konstatieren.<sup>80</sup>

## II. Krankenhausplanungsrecht der Länder<sup>81</sup>

Aus dem Sozialstaatsprinzip leitet sich die Aufgabe des Staates ab, eine nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Entwicklung

---

<sup>75</sup> So *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 25 Rn. 22; *Kaltenborn*, in: *Huster/ders.*, Krankenhausrecht, § 2 Rn. 2; enger *Ratzel/Luxenburger/Rehborn/Thomae*, Handbuch Medizinrecht, § 30 Rn. 6; umfassend zur Entstehungsgeschichte *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht, S. 24 ff.

<sup>76</sup> Vgl. *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 5; a.A. *Ratzel/Luxenburger/Rehborn/Thomae*, Handbuch Medizinrecht, § 30 Rn. 7, wonach letztlich Krankenhausfinanzierung und -planung zwar Ländersache sind, jedoch nur im Rahmen der gesetzlichen Regelungen, die der Bund in Ausübung seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG erlassen hat.

<sup>77</sup> *M.w.N. Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 6 f.

<sup>78</sup> *S. Kaltenborn*, in: *Huster/ders.*, Krankenhausrecht, § 2 Rn. 2; diese Spielräume dürften mit Blick auf die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG sogar verfassungsrechtlich gefordert sein.

<sup>79</sup> Ausführlich *Genzel/Degener-Hencke*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 80 Rn. 29.

<sup>80</sup> Hierbei ließe sich insgesamt fragen, ob der Bund überhaupt die Kompetenz zusteht, in § 8 KHG zu regeln, dass die Länder zur Verwirklichung der in § 1 KHG genannten Ziele Krankenhauspläne aufstellen müssen, was jedoch bisher ersichtlich nicht getan wurde, vgl. *Metzner*, in: *Rau/Roeder/Hensen*, DRG-Einführung, S. 391, 392.

<sup>81</sup> Monographische Aufarbeitung des Krankenhausplanungsrechts *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht.

ausgerichtete Krankenhausversorgung anzubieten.<sup>82</sup> Wesentliches Instrument zur Umsetzung der staatlichen Aufgabe der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern ist die Krankenhausplanung.<sup>83</sup>

Die Krankenhausplanung dient gem. § 6 Abs. 1 KHG vorrangig der Umsetzung der in § 1 KHG genannten Ziele, also der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Krankenversorgung zu sozial tragbaren Pflegesätzen, § 1 Abs. 1 KHG sowie als Grundlage für eine staatliche Investitionslenkung.<sup>84</sup> Wichtig hierbei ist, dass die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser nicht vorrangiges Ziel ist und schon gar nicht als Ziel um seiner selbst willen ausgestaltet ist, sondern vielmehr dazu dient, eine bedarfsgerechte Versorgung sicherzustellen.<sup>85</sup>

Eine erste Systematisierung lässt sich zwischen dem Recht der Krankenhausplanung auf Grundlage der §§ 6 bis 8 des (Bundes-)KHG und den von den Ländern jeweils erlassenen Landeskrankenhausgesetze treffen. Der Ausgangspunkt für das Planungsrecht bildet das KHG, indem die §§ 6 bis 8 KHG die Planung der Krankenhauslandschaft durch Krankenhauspläne und Investitionsprogramme der Länder festlegen und entsprechende Vorgaben für Verfahren und Inhalt dieser Rechtsinstrumente machen.<sup>86</sup> Ergänzt wird der bundesrechtliche Rahmen von jedem Bundesland durch das jeweilige Landeskrankenhausgesetz.<sup>87</sup>

Die Krankenhausplanung ist ihrer Struktur nach eine Bedarfsfeststellungs- und Versorgungsplanung, bei der die Krankenhauspläne die für eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung erforderlichen Krankenhäuser nach Standort, Bettenanzahl, Behandlungsplätzen und Facheinrichtungen sowie Versorgungsstufen auszuweisen haben.<sup>88</sup> Daneben ist die Krankenhausplanung Grundlage für die staatliche Investitionslenkung im Krankenhauswesen.<sup>89</sup> Insofern folgt die Krankenhausförderung der wirtschaftslenkenden Krankenhausplanung, geprägt durch die gesetzgeberische Grundannahme dass die Krankenhäuser ohne Einflussnahme auf die Krankenhausstruktur und ohne sinnvolle Planung des Bedarfs nicht wirtschaftlich gesichert werden können.<sup>90</sup>

Die Krankenhausplanung der Länder beinhaltet herkömmlich die Vorgabe der Standorte von Krankenhäusern, deren Fachabteilungen und darin vorzuhaltender Bettenzahlen.<sup>91</sup> Die einzelnen Ländergesetze regeln die zu planenden

---

<sup>82</sup> Diese Verpflichtung wird ausführlich hergeleitet und soll an dieser Stelle nur der Einordnung der nachfolgenden Ausführungen dienen, hierzu ausführlich unten Erster Teil 1. D.

<sup>83</sup> Statt vieler *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 25 Rn. 23 ff.

<sup>84</sup> Ausführlich *Ratzel/Luxenburger/Rehborn/Thomae*, Handbuch Medizinrecht, § 30 Rn. 44 ff.

<sup>85</sup> S. ebd.

<sup>86</sup> S. *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 2.

<sup>87</sup> Bspw. Hamburgisches Krankenhausgesetz (HmbKHG) v. 17.4.1991 (GVBl. S. 127); Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW) v. 11.12.2007. (GV.NRW S. 702, ber. GVBl.-MRW 2008 S. 157).

<sup>88</sup> *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 2.

<sup>89</sup> S. *Ratzel/Luxenburger/Rehborn/Thomae*, Handbuch Medizinrecht, § 30 Rn. 46.

<sup>90</sup> S. Ebd.; *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 10.

<sup>91</sup> *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 10.

Versorgungsstrukturen, die Inhalte der Krankenhauspläne, sowie die Umsetzung planerischer Entscheidungen. Die Planung vollzieht sich – landunterschiedlich – auf Basis einer Bettenbedarfsermittlung, deren Ergebnisse sich im jeweiligen Landeskrankenhausplan niederschlagen.

Bei der Krankenhausplanung gilt der Richtwert, dass die für die Sicherstellung der Krankenhausversorgung als notwendig erachteten Kapazitäten zu 85 % ausgelastet sein sollten; die Diskrepanz zu einer Vollauslastung dient dazu, saisonale Schwankungen auszugleichen und Epidemien sowie unerwarteten Notfällen begegnen zu können.<sup>92</sup>

Aus der Gesamtschau der einschlägigen Normen ergibt sich ein Zwei-Ebenen-Modell im Krankenhausrecht. Im ersten Schritt stellt die nach Landesrecht zuständige Behörde den Krankenhausplan des Landes auf, § 6 KHG, und führt dabei eine Krankenhauszielplanung sowie eine Krankenhaus- und Bedarfsanalyse durch und bestimmt darüber hinaus im Rahmen der Versorgungsentscheidung, mit welchen Krankenhäusern der Bedarf gedeckt werden soll. Im zweiten Abschnitt wird für jedes dieser Krankenhäuser durch konstitutiven Feststellungsbescheid entschieden, ob es in den Krankenhausplan aufgenommen wird oder nicht.<sup>93</sup>

Die Krankenhausplanung ist der Grundvorstellung nach keine Festschreibung der Versorgungskapazitäten, sondern ein kontinuierlicher Vorgang zur bestmöglichen Zielerreichung.<sup>94</sup>

## **1. Krankenhausplan**

Der Bund verpflichtet die Länder durch § 6 Abs. 1 KHG zur Aufstellung von Krankenhausplänen. Der Krankenhausplan hat keine unmittelbare normative Außenwirkung, sondern stellt eine verwaltungsinterne Maßnahme ohne unmittelbare Rechtswirkung gegenüber den Betroffenen dar.<sup>95</sup> Der Krankenhausplan hat wie eine binnenorganisatorische Weisung die Anordnung zum Inhalt, dem Plan entsprechende positive oder negative Einzelentscheidungen vorzubereiten.<sup>96</sup>

Der Krankenhausplan ist als räumliche, fachliche, qualitative und quantitative Konkretisierung der in § 1 KHG verankerten Zielvorstellung eines bedarfsgeordneten und leistungsfähigen Krankenhauswesens anzusehen. Er steuert die Entscheidungen der nachgeordneten Behörden, erübrigt sie aber nicht.<sup>97</sup>

Der Krankenhausplan muss die materiellen Planungskriterien des KHG erfüllen, d.h. zu einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung führen, die Leistungsfähigkeit der Krankenhäuser ermöglichen und durch das System

---

<sup>92</sup> Hierzu *Hajen/Paetow/Schumacher*, Gesundheitsökonomie, S. 217.

<sup>93</sup> Zum Zwei-Ebenen Modell mit weiteren Nachweisen s. ebd., § 4 Rn. 11; im Detail sogleich.

<sup>94</sup> Wenzel, Handbuch FA MedizinR/*Quaas*, Kap. 14 Rn. 163.

<sup>95</sup> S. *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 36.

<sup>96</sup> Ebd.

<sup>97</sup> S. *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 15.

bedarfsgerecht und leistungsfähiger Krankenhäuser zu einem sozial tragbaren Pflegesatz beitragen.<sup>98</sup>

## 2. Feststellungsbescheid

Die Planumsetzung erfolgt durch einen Feststellungsbescheid, durch welchen die Vorgaben des Krankenhausplans durch die zuständige Behörde außenwirksam für den Krankenhausträger umgesetzt werden.<sup>99</sup>

Der Bescheid geht über die feststellende Wirkung hinaus und setzt die bedarfsplanerischen Festsetzungen des Krankenhausplans hinsichtlich Aufgabenstellung und Struktur auf das einzelne Krankenhaus um.<sup>100</sup> Mit der Aufnahme in den Krankenhausplan erhält das Krankenhaus den Status eines – ganz oder teilweise – geförderten Krankenhauses. Die krankenhauplanerische Entscheidung hat zur Folge, dass das Krankenhaus zur Behandlung von Versicherten der GKV verpflichtet ist, §§ 108 Nr. 2, 109 Abs. 1 S. 2 SGB V, und der Versorgungsauftrag<sup>101</sup> im Ergebnis festgelegt wird.<sup>102</sup> Adressat des Feststellungsbescheides ist der Krankenhausträger, nicht das Krankenhaus.<sup>103</sup>

Nach § 8 Abs. 2 S. 1 KHG besteht kein Anspruch auf die Feststellung der Planaufnahme, sondern nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahl unter mehreren Krankenhäusern. Liegt kein Überangebot an Krankenhausbetten vor, so folgt hieraus nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein Anspruch auf Aufnahme in den Krankenhausplan.<sup>104</sup>

Ein Krankenhaus kann (nur) dann in den Krankenhausplan aufgenommen werden, wenn es den Zielen des § 1 Abs. 1 KHG gerecht wird, also zu einer bedarfsgerechten Versorgung beiträgt, leistungsfähig ist, eigenverantwortlich wirtschaftet und zu sozial tragbaren Pflegesätzen tätig wird.<sup>105</sup>

### a) Bedarfsgerechtigkeit<sup>106</sup>

Das Merkmal der Bedarfsgerechtigkeit ist in der Praxis von zentraler Bedeutung. Bedarfsgerecht ist ein Krankenhaus, wenn es nach seinen objektiven Gegebenheiten in der Lage ist, einen vorhandenen Bedarf zu befriedigen.<sup>107</sup> Bedarf in diesem Sinne ist die objektive Nachfrage nach stationärer Versorgung.<sup>108</sup> In der Planungspraxis wird fast ausschließlich die Methode der Hill-Burton-Formel angewandt, nach der anhand der Eingangsgrößen Einwohnerzahl, Plan-Verweildauer, Krankenhaushäufigkeit und dem normativ

<sup>98</sup> Ebd. § 4 Rn. 16; Wenzel, Handbuch FA MedizinR/*Quaas*, Kap. 14 Rn. 164.

<sup>99</sup> S. ebd., § 4 Rn. 39.

<sup>100</sup> S. Wenzel, Handbuch FA MedizinR/*Quaas*, Kap. 14 Rn. 174.

<sup>101</sup> Zum Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses ausführlich unten Erster Teil 1. B. IV.

<sup>102</sup> S. *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 41 ff.

<sup>103</sup> Der Begriff „Krankenhaus“ meint die bauliche oder betriebliche Einrichtung als solche, s. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 25 Rn. 34 f.

<sup>104</sup> BVerwG NJW 1987, 2318, 2320.

<sup>105</sup> BVerwGE 62, 86, 91 ff. = NJW 1987, 2318; s. auch Wenzel, Handbuch FA MedizinR/*Quaas*, Kap. 14 Rn. 186.

<sup>106</sup> Zur Behandlung eines bedarfsgerechten, aber insolventen Krankenhauses ausführlich im zweiten Teil.

<sup>107</sup> Statt vieler Wenzel, Handbuch FA MedizinR/*Quaas*, Kap. 14 Rn. 194.

<sup>108</sup> Ebd.

festzulegenden Bettennutzungsgrad (Auslastungsgrad) die formelmäßige Ermittlung des Planbettenbedarfs für eine definierte Versorgungsregion erfolgt.<sup>109</sup>

Bedarfsgerecht ist eine Versorgung, die unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Stands der medizinischen Kenntnisse und Entwicklungen sowie des medizinischen Fortschritts den angemessenen Versorgungsbedürfnissen der Bürger Rechnung trägt.<sup>110</sup>

#### **b) Leistungsfähigkeit**

Ein Krankenhaus ist im Grundsatz leistungsfähig, wenn das Leistungsangebot die Anforderungen erfüllt, die nach dem Stand der Kenntnis der medizinischen Wissenschaft und dem Auftrag aus dem Feststellungsbescheid an ein Krankenhaus dieser Art zu stellen sind.<sup>111</sup> Für die Leistungsfähigkeit ist entscheidend, ob die nach medizinischen Erkenntnissen erforderliche personelle, räumliche und medizinische Ausstattung vorhanden ist.<sup>112</sup>

#### **c) Wirtschaftlichkeit**

Die Kostengünstigkeit eines Krankenhauses ist ein reines Vergleichsmerkmal. Sie gewinnt erst an Bedeutung, wenn mehrere bedarfsgerechte und leistungsfähige Krankenhäuser in Betracht kommen, die insgesamt ein Überangebot erzeugen würden, so dass eine Auswahl getroffen werden muss.<sup>113</sup> Nicht allein entscheidend ist die Höhe des Pflegesatzes, sondern auch die Höhe der Fallkosten unter besonderer Berücksichtigung der Aufgabenstellung des Krankenhauses.<sup>114</sup>

Letztlich ist festzustellen, dass sich die Forderung nach einem wirtschaftlichen Krankenhausbetrieb im Kern auf den Umstand einer sparsamen und eigenverantwortlichen Wirtschaftsführung konzentriert.<sup>115</sup> Diese wird als nicht gegeben erachtet, wenn eine unwirtschaftliche Betriebsführung schon wiederholt festgestellt worden oder nicht behebbar ist.<sup>116</sup>

---

<sup>109</sup> Zur Hill-Burton-Formel vgl. *Würtenberger/Altschwager*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 6 KHG Rn. 19 ff.

<sup>110</sup> *S. Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 70, wonach der Maßstab für den Bedarf der in dem betreffenden Einzugsbereich tatsächlich vorhandene und nicht ein durchschnittlicher Bedarf ist.

<sup>111</sup> BVerwG NJW 1987, 2318, 2321, s. auch Terbille/*Halbe/Rothfuß*, MAH Medizinrecht, § 8 Rn. 77.

<sup>112</sup> *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 70.

<sup>113</sup> Ebd., § 4 Rn. 84.

<sup>114</sup> Ebd.

<sup>115</sup> Ebd.

<sup>116</sup> Soweit die Unwirtschaftlichkeit als Grund zur Kündigung eines Versorgungsvertrages durch die Krankenkassenverbände herangezogen wird, verlangt das VG Minden das Vorliegen einer erheblichen Unwirtschaftlichkeit, die nicht durch Abstriche bei den Pflegesätzen ausgeglichen werden könne, wiederholt festgestellt worden und nicht vermeidbar sei, vgl. VG Minden, Urteil v. 29.8.2001 – 3 K 3280/97.



#### **d) Qualitätsaspekte**

Nach § 8 Abs. 2 S. 2 HS. 2 KHG soll die Behörde im Rahmen ihres Auswahlermessens auch Qualitätsaspekte berücksichtigen. Hierzu dienen auch die Änderungen in § 8 Abs. 1a bis 1c KHG.<sup>117</sup>

### **3. Krankenhausplanung und SGB V**

Das Recht der Krankenhausplanung weist in vielfacher Hinsicht Bezüge zum Krankenversicherungsrecht auf. Dies gilt in besonderer Weise für das Recht der Versorgungsverträge nach den §§ 109 f. SGB V.<sup>118</sup>

Nach § 108 SGB V dürfen Krankenkassen Krankenhausbehandlungen nur durch sog. Plankrankenhäuser, Hochschulkliniken und durch Krankenhäuser zulassen, die einen Versorgungsvertrag mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen abgeschlossen haben. Mit einem Versorgungsvertrag als öffentlich-rechtlichem Vertrag wird das Krankenhaus für die Dauer des Vertrages zur Krankenhausbehandlung der Versicherten zugelassen, § 109 Abs. 4 SGB V. Die Aufnahme in den Krankenhausplan führt zur Fiktion eines solchen Versorgungsauftrages.<sup>119</sup>

Bei dem Abschluss eines Versorgungsvertrages gelten ähnliche Grundsätze wie bei der krankenhauplanerischen Entscheidung, wobei den Interessen der Krankenkassen an einer leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhausbehandlung besonderes Gewicht zukommt.<sup>120</sup> Die Kostenträger sind nicht zu einer eigenständigen und umfassenden Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit befugt; diese ist nach dem Primat des Vorrangs der staatlichen Krankenhausplanung auf Grundlage der Krankenhausbedarfsplanung vorzunehmen, so dass nicht zu prüfen ist, ob dasjenige Krankenhaus, mit dem ein Versorgungsvertrag abgeschlossen werden soll, den Bedarf besser decken kann als bereits zugelassene Krankenhäuser.<sup>121</sup>

Der Abschluss des Versorgungsvertrages verleiht dem Krankenhaus den Status als zugelassenes Krankenhaus i.S.d. § 108 SGB V.

### **III. Krankenhausfinanzierungsrecht**

In Erfüllung des sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages wird der weitaus größte Teil der Krankenhäuser in der Bundesrepublik in ein staatliches Planungssystem mit öffentlicher Förderung der Investitionskosten und leistungsgerechten Erlösen aus Pflegesätzen einbezogen.<sup>122</sup> Diese atypische Struktur und

---

<sup>117</sup> Ausführlich *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 88 ff., wonach dieses Merkmal in der Planungspraxis diverse Schwierigkeiten mit sich bringe, insbesondere im Hinblick auf Einschränkungen des Versorgungsauftrages.

<sup>118</sup> Umfassend ebd., § 4 Rn. 141 ff.

<sup>119</sup> Ausführlich *Schrinner*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 109 SGB V Rn. 2 ff.

<sup>120</sup> *S. Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 147.

<sup>121</sup> Ebd.

<sup>122</sup> *S. Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 1; eine betriebswissenschaftliche Finanzierungsmatrix zur Übersicht über Eigen- und Fremdfinanzierung mit Beispielen findet sich zudem bei *Domschke/Scholl*, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, S. 235.

Konzeption hat ihre Ursache in der Geschichte der Krankenhausfinanzierung und im System der gesetzlichen Krankenversicherung als einem der zentralen Austragungsorte finanzieller Verteilungskämpfe in Deutschland.<sup>123</sup>

## **1. Historische Entwicklung der Krankenhausfinanzierung**

Die Geschichte der Krankenhäuser beginnt um das Jahr 900. Die ersten Hospitäler in Deutschland sind Gründungen von Klöstern oder Bischöfen. Sie dienten der Aufnahme von Armen, Siechen und Bresthaften, soweit sie nicht Hilfe und Pflege in der Familie fanden und waren getragen von der christlichen Idee der Barmherzigkeit.<sup>124</sup>

Die Krankenhausfinanzierung selbst ist ein verhältnismäßig junges Rechtsgebiet im System des besonderen Verwaltungsrechts; lange Zeit waren nur die Beziehungen der Benutzer zu den Kostenträgern mit Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 1883 und der Unfallversicherung im Jahre 1884 geregelt.<sup>125</sup> Dies änderte sich erst 1972<sup>126</sup> mit dem Erlass des KHG, welches als Antwort auf die aus unterschiedlichsten Gründen steigenden Kosten der Krankenhausversorgung erlassen wurde.<sup>127</sup>

### **a) Entwicklung des Rechts der Krankenhausfinanzierung in den Jahren 1945-1972**

In der Phase direkt nach Ende des zweiten Weltkrieges bestand insbesondere Streit über die Frage, wer die laufenden Betriebskosten der Krankenhäuser zu zahlen hatte; zudem bestand die Sorge, die Gemeinden könnten ihre Zuschusszahlungen an die Krankenhäuser stoppen, falls es zu weitreichenden rechtlichen Eingriffen in das Finanzierungssystem käme.<sup>128</sup> Mit dem Runderlass 30/48 vom 18.12.1948 wurde der Konflikt der Kostentragung zu Lasten der Krankenhäuser gelöst.<sup>129</sup>

Mit der Bundespflegesatzverordnung von 1954 wurde ein weiterer Meilenstein erreicht, durch welche neben dem Selbstkostendeckungsprinzip für die Krankenhauspflegesätze auch das Prinzip der Pflegesatzverhandlungen zwischen Krankenkassen und Krankenhäuser verankert wurde.<sup>130</sup>

In den folgenden Jahren orientierte sich die politische Gestaltung der Krankenhausfinanzierung an den Erfordernissen der jeweiligen Wirtschafts- und Sozialversicherungspolitik; im Zentrum stand die aus der Notwendigkeit einer Stabilisierung oder Senkung der Lohnnebenkosten der Bevölkerung abgeleiteten Forderung nach der Begrenzung der Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung.<sup>131</sup>

---

<sup>123</sup> S. Dettling/Würtenberger, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 5.

<sup>124</sup> S. Tuschen/Trefz, Krankenhausentgeltgesetz, 2.1.

<sup>125</sup> Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 25 Rn. 1.

<sup>126</sup> Zuvor bereits Regelungen als öffentliches Preisrecht, zuletzt die VO PR 7/54 über die Pflegesätze von Krankenanstalten vom 9.9.1954.

<sup>127</sup> Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 25 Rn. 1.

<sup>128</sup> Butenschön, Die Entwicklung des Rechts der Krankenhausfinanzierung, S. 205.

<sup>129</sup> Ebd.

<sup>130</sup> Ebd., S. 206.

<sup>131</sup> Ebd., S. 207 f.

## b) Einführung der dualen Finanzierung<sup>132</sup>

Die Krankenhäuser hatten nach Ende des zweiten Weltkrieges mit zunehmend größer werdenden Finanzierungslücken zu kämpfen, an denen auch mehrere Reformvorhaben nichts ändern konnten; so stiegen die Defizite von 280 Mio. DM im Jahre 1957 und 785 Mio. DM im Jahre 1964 auf 840 Mio. DM im Jahre 1966.<sup>133</sup> Mehr und mehr setzte sich die Auffassung durch, dass die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen eine öffentliche Aufgabe darstelle und dass es anzustreben sei, öffentliche Finanzierungshilfen für den Bau von Krankenhäusern festzulegen.<sup>134</sup>

Die monistische Krankenhausfinanzierung<sup>135</sup> wurde schließlich im Jahre 1972 durch die Verabschiedung des KHG durch das heute noch geltende Recht im Sinne einer dualen Krankenhausfinanzierung ersetzt.<sup>136</sup>

Mit diesem System hatte der Bundesgesetzgeber die Absicht, die Forderungen der Beteiligung der öffentlichen Hand an der Krankenhausfinanzierung umzusetzen und das System auf zwei Säulen zu stellen, die Investitionsfinanzierung durch die Länder und die Betriebs- und Behandlungskostenfinanzierung durch die Kostenträger.<sup>137</sup>

Die duale Finanzierung war zunächst ein erfolgreiches Mittel, um den Investitionsstau abzubauen, seit den 90er Jahren ist jedoch ein Rückzug der Länder aus der Investitionsförderung festzustellen, so dass sich diese mittlerweile eher nach der Finanzlage der Haushalte als nach den tatsächlichen Bedarfen richtet.<sup>138</sup>

## c) Diagnosis Related Groups<sup>139</sup>

Ein weiterer Schritt in der Entwicklung der Krankenhausfinanzierung stellte die Einführung der sog. Diagnosis Related Groups (DRG) dar. Durch § 17b KHG<sup>140</sup> und mit dem Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre

---

<sup>132</sup> Zur Idee einer dualen Finanzierung vor allem *Auerbach*, der dieses Finanzierungssystem Mitte der sechziger Jahre als Staatssekretär im niedersächsischen Sozialministerium entwickelt hat, *ders.*, Sozialer Fortschritt 17 (1968), S. 35 ff.

<sup>133</sup> S. hierzu die Ausführungen in Ebd.

<sup>134</sup> Ebd.

<sup>135</sup> Gemeint ist damit eine Finanzierung auch der Investitionskosten über den Pflegesatz, vgl. auch *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, 2.2.

<sup>136</sup> Zu den Grundzügen der Krankenhausförderung nach KHG, sogleich B. III. 3; sowie zu den Begrifflichkeiten Monistik und Dualistik s. *Fleßa*, Grundzüge der Krankenhausbetriebslehre I, S. 108.

<sup>137</sup> Vgl. *D. Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 2, mit dem Hinweis darauf, dass geringer werdende Fördermittel der Länder als auch die unterschiedlichen Betätigungsfelder der Krankenhäuser auf sektorübergreifenden Feldern mit unterschiedlichen Finanzierungsmöglichkeiten sowie die Aufgabe des Kostendeckungsprinzips und die Umstellung auf ein pauschaliertes Entgeltsystem eher für die Fruchtbarmachung des Begriffs eines „mehrgleisigen Finanzierungssystems“ sprechen.

<sup>138</sup> S. auch *Wasem/Walendzik/Thomas*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 37.

<sup>139</sup> Instruktiv *Rau/Röder/Hensen*, Auswirkungen der DRG-Einführung in Deutschland.

<sup>140</sup> § 17b Abs. 1 S. 1 KHG lautet: Für die Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen gilt ein durchgängiges, leistungsorientiertes und pauschalisierendes Vergütungssystem.

Krankenhausleistungen (*Krankenhausentgeltgesetz* - KHEntgG) v. 23. April 2002 (BGBl. I S. 2615) hat der Bundesgesetzgeber ein differenziertes Fallpauschalensystem für alle Krankenhausleistungen mit Ausnahme der psychosomatischen, psychotherapeutischen und psychiatrischen Versorgungsleistungen implementiert.<sup>141</sup> Hierbei handelt es sich um ein Fallpauschalensystem, für welches eine Vielzahl von nach Krankheitsarten aufgeschlüsselten diagnosebezogenen Fallpauschalen formuliert, jährlich weiterentwickelt und angepasst werden.<sup>142</sup> Es werden also vom Leistungs- und Kostenumfang her vergleichbare Fälle zu einer Gruppe, der DRG, zusammengefasst.<sup>143</sup> Derzeit gibt es rund 1.200 DRGs und der Anteil der DRG-Vergütung an der Gesamtvergütung liegt bei ca. 80 %.

Bei der Ermittlung der Bewertungsrelationen dürfen nur die Kosten berücksichtigt werden, die hierfür entstehen, nicht hingegen die Kosten von Wahlleistungen und Kosten belegärztlicher Leistungen.<sup>144</sup>

Die Zahl der Belegungstage, für die die Fallpauschale durchschnittlich kalkuliert ist, ist die sog. mittlere Verweildauer. Jede Fallpauschale gilt für eine bestimmte Verweildauer begrenzt durch die obere und die untere Grenzverweildauer. Innerhalb dieser Bandbreite werden die Krankenhausleistungen mit einer Fallpauschale vergütet.<sup>145</sup>

Das DRG-System löste das bis dahin bestehende Mischsystem der Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (*Bundespflegesatzverordnung* - BPflV) v. 26. September 1994 (BGBl. I S. 2581) aus Fallpauschalen, Sonderentgelten und tagesgleichen Pflegesätzen durch die Abrechnung über Fallpauschalen ab.<sup>146</sup> Nach der Gesetzesbegründung soll diese Art von Entgeltsystem das Leistungsgeschehen transparenter machen, die Wirtschaftlichkeit fördern und Fehlanreize beseitigen.<sup>147</sup> Zudem sollten die jeweiligen Krankenhäuser für gleiche Leistungen gleiche Entgelte erhalten. Nicht zuletzt soll auch die Vergütung stärker leistungsbezogen erfolgen, wobei dasjenige Krankenhaus, welches komplexe Operationen in bedeutendem Maß erbringt, mehr Erlöse

---

<sup>141</sup> Ausführlich *D. Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 73 ff., wonach das Investitionsdefizit bei jährlich ca. 3 Mrd. Euro liegt.

<sup>142</sup> Ebd.

<sup>143</sup> Ausgangspunkt für die Einführung von DRG-Systemen ist die Erkenntnis, dass ein Preiswettbewerb im Krankenhausmarkt nicht funktioniert. Stattdessen soll ein sog. Yardstick Wettbewerb Marktgegebenheiten imitieren, welcher Anreize für einen Effizienzwettbewerb setzt. Grundgedanke ist, dass Vergütungspreise auf Basis der Durchschnittskosten der Krankenhäuser eines Landes berechnet werden und schafft einen explizierten Anreiz für Krankenhäuser, sich mit seinen Kosten an den Durchschnittskosten aller Krankenhäuser zu orientieren, hierzu *Schreyögg*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 397.

<sup>144</sup> S. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 309.

<sup>145</sup> Ausführlich *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 205 ff.; Fallpauschalensysteme aus gesundheitsökonomischer Sicht bei *Hajen/Paetow/Schumacher*, Gesundheitsökonomie, S. 195 ff.

<sup>146</sup> Wenzel, Handbuch FA Medizin/R/Quaas, Kap. 14 Rn. 77.

<sup>147</sup> S. BT-Drs.- 15/6893, 26; kritisch bspw. *Dettling*, in: Saalfrank, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 6 Rn. 278 ff.; Fehlanreize meint insbesondere den Anreiz zur Überversorgung und damit die Ausweitung der Verweildauern zur Erzielung positiver Deckungsbeiträge.

erhalten soll, als dasjenige, welches nur wenige, leichtere Fälle behandelt.<sup>148</sup> Die Einführung eines Fallpauschalensystems führte dazu, dass Entgelte erstmals die Leistung des Krankenhauses bezahlen und nicht das Vorhalten von Kapazitäten finanzieren.<sup>149</sup> Damit orientiert sich das derzeitige System an einem Preis- und nicht mehr an dem zuvor geltenden Kostenerstattungsprinzip.

Zusätzlich zur Pauschalvergütung enthält das System Steuerungselemente wie Zu- und Abschläge bei Über- oder Unterschreiten der Grenzweildauer, Sonderregelungen für Verlegungen und Wiederaufnahmen sowie Zusatzentgelte für besonders ressourcenintensive Maßnahmen.<sup>150</sup>

#### **d) Aktuelle Entwicklungen des Krankenhausfinanzierungsrechts**

Vor dem Hintergrund des erheblichen und ständig steigenden Anteils der Krankenhausbehandlung an den Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung gerät zwangsläufig auch die wirtschaftliche Sicherung der Krankenkassen verstärkt in den Mittelpunkt.<sup>151</sup> Im Zeitalter der DRGs gewinnen die nach Maßgabe des KHEntG zusätzlich zu zahlenden Entgelte in den Vergütungsverhandlungen und auch in den Schiedsstellenverfahren immer mehr an Bedeutung.<sup>152</sup> Der Gesetzgeber hat zudem mit dem Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (*Krankenhausstrukturgesetz* - KHSG) v. 10. Dezember 2015<sup>153</sup> merkliche Änderungen verabschiedet und Elemente der Qualitätssicherung eingeführt, aber auch zur Verbesserung der Anreize zur Erbringung einer qualitativ hochwertigen Versorgung beigetragen.<sup>154</sup>

Auch ist der Wettbewerb zwischen den Kostenträgern gestiegen. Das Versorgungssystem muss finanzierbar bleiben, aber auch neue Entwicklungen wie die Stärkung der Kompetenzen der Patienten und ihrer bewussten Teilnahme an der Gestaltung der Versorgungsstrukturen sowie nicht zuletzt das gestiegene Qualitätsbewusstsein sind zu berücksichtigen.<sup>155</sup> All diese Aspekte werden auch zukünftig Eingang in Fragen der Krankenhausfinanzierung finden.

## **2. Gesetzliche Grundlagen**

Zentrale Kodifikationen der Krankenhausfinanzierung sind sowohl das bundesrechtliche KHG, KHEntG, als auch die BPflV.

#### **a) KHG**

Das KHG regelt die Grundlagen und das System der Krankenhausfinanzierung und unterwirft die sog. Plankrankenhäuser einer besonderen

---

<sup>148</sup> S. Ratzel/Luxenburger/Rehborn/Thomae, Handbuch Medizinrecht, § 30 Rn. 208.

<sup>149</sup> So Hajen/Paetow/Schumacher, Gesundheitsökonomie, S. 205.

<sup>150</sup> S. Wasem/Walendzik/Thomas, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 1 Rn.71.

<sup>151</sup> S. Felix, GesR 2010, 113.

<sup>152</sup> Ebd.

<sup>153</sup> BGBl. I S. 2229.

<sup>154</sup> Eine Übersicht der Zielkoordination in der stationären Versorgung findet sich bei Busse/Geissler, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 4.

<sup>155</sup> S. Prütting, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 1.

Finanzierungsstruktur.<sup>156</sup> Die Einnahmen werden künstlich aufgeteilt, aus mehreren Quellen gespeist und reguliert. Ausweislich der Entstehungsgeschichte ist das KHG ein gesundheitspolitisch motiviertes Finanzierungs- und Leistungsgesetz zugunsten der Krankenhäuser, da der Gesetzgeber in einem wirtschaftlich gesunden Krankenhaussystem die zentrale Voraussetzung für eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung sieht.<sup>157</sup>

Unmittelbarer Zweck des KHG ist ausweislich des Gesetzeswortlautes von § 1 Abs. 1 die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, um eine qualitativ hochwertige, patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, qualitativ hochwertig und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten. Hierbei ist die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten.

Durch eine staatliche Krankenhausplanung (§ 6 KHG) und Investitionsförderung (§§ 8, 9 KHG) unter Mitwirkung der an der Krankenhausversorgung im Land Beteiligten (§ 7 KHG) und vom Land zu genehmigende, von Krankenkassen und Krankenhäusern vereinbarte oder durch eine Schiedsstelle festgesetzte Pflegesätze (§§ 17, 18, 18a KHG), soll der Gesetzeszweck erreicht werden.<sup>158</sup>

In den §§ 3, 5 KHG wird der Anwendungsbereich definiert und gewisse Einrichtungen von der Förderung ausgeschlossen, insbesondere solche Einrichtungen, die nur einem bestimmten Benutzerkreis zur Verfügung stehen oder bei denen durch eine bestimmte Trägerschaft die wirtschaftliche Sicherung gewährleistet ist.<sup>159</sup>

## **b) KHEntgG**

Nach § 1 Abs. 1 KHEntgG werden die vollstationären und teilstationären Leistungen der DRG-Krankenhäuser nach diesem Gesetz (und dem KHG) vergütet.<sup>160</sup>

Das KHEntgG greift somit Elemente pflegesatzrechtlicher Regelungen des KHG auf und konkretisiert diese. Es regelt in seinem zweiten Abschnitt (§§ 3 bis 6) die Vergütung der Krankenhausleistungen, insbesondere die Vereinbarung eines Erlösbudgets, sowie die Vereinbarung und Abrechnung von Zu- und Abschlägen, in Abschnitt drei (§§ 7 und 8) die verschiedenen Entgeltarten, in Abschnitt vier (§§ 9 bis 15) die Grundsätze des Verfahrens sowohl auf Bundes- Landes- als auch auf Ortsebene sowie abschließend in den Abschnitten fünf (§§ 16 bis 19) und sechs (§§ 20 und 21) einzelne Regelungen zu Wahlleistungen, zur Kostenerstattung, zur Zuständigkeit der Krankenkassen sowie zur Übermittlung und Nutzung von Daten.

---

<sup>156</sup> S. Dettling/Würtenberger, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 2.

<sup>157</sup> S. Genzel/Degener-Hencke, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 2.

<sup>158</sup> Ebd.

<sup>159</sup> ausführlich Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 26 Rn. 7.

<sup>160</sup> Damit findet das KHEntgG keine Anwendung auf die Vergütung ambulanter Leistungen. Die Abgrenzung erweist sich im Einzelfall als schwierig, vgl. Tuschen/Trefz, Krankenhausentgeltgesetz, Erl. § 1 KHEntgG.

### c) **BPflV**

Ausgehend von der Legaldefinition der Pflegesätze in § 2 Nr. 4 KHG ist für die Verordnung zur Regelung der Pflegesätze auf der Grundlage von § 16 KHG die Bezeichnung „Bundespflugesatzverordnung“ gewählt worden, welche seit dem 1. Januar 2004 nur noch für die Einrichtungen der Psychiatrie sowie die Einrichtungen für psychosomatische Medizin und Psychotherapie gilt.<sup>161</sup> Alle übrigen Einrichtungen werden mittlerweile nach dem KHEntgG und damit nach dem DRG-System vergütet. Sie entspricht über weite Strecken dem Wortlaut des KHEntgG.

### 3. **Aufbau der dualen Krankenhausfinanzierung**

Die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser erfolgt dual zum einen durch die Förderung der Investitionskosten durch die Länder entsprechend bundesrechtlicher Vorgaben, §§ 8 und 9 KHG sowie zum anderen durch leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen zur Deckung der Betriebskosten (§§ 2 Nr. 4, 4 Nr. 2, 16 ff. KHG). Die Finanzierung ist mithin auf mehrere Schultern verteilt und zwar auf die öffentliche Hand einerseits und auf die Benutzer bzw. die Kostenträger<sup>162</sup> andererseits. Dabei bestimmt die Art der Kosten die Art der Finanzierung. Die Länder sind letztlich für die Finanzierung der Vorhalteleistungen verantwortlich, während die Krankenkassen die laufenden Ausgaben tragen.

Rechtsgrundlage für den Vergütungsanspruch der Krankenhäuser ist der Versorgungsvertrag nach § 108 SGB V, welcher durch die Inhalte des krankenhauplanerischen Feststellungsbescheides differenziert wird; durch die krankenhaushausindividuellen Pflegesatzvereinbarungen enthält das Krankenhaus einen gewissen wirtschaftlichen Spielraum.<sup>163</sup>

#### a) **Fördermittelrecht<sup>164</sup>**

§ 8 Abs. 1 S. 1 KHG bestimmt, dass „die Krankenhäuser nach Maßgabe dieses Gesetzes Anspruch auf Förderung [haben], soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes und bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 in das Investitionsprogramm aufgenommen sind“.

Damit wird die Krankenhausplanung mit der öffentlichen Investitionsförderung gekoppelt, so dass Krankenhäuser grundsätzlich nur dann einen Anspruch auf Förderung haben, wenn und solange sie in den Krankenhausplan aufgenommen sind.

Der Anspruch besteht nach Maßgabe des KHG, jedoch sind die Maßgaben des jeweiligen Landesrechts zu beachten, auf die § 11 S. 1 KHG verweist.<sup>165</sup> Die eingangs angesprochene Planaufnahme begründet keinen sofortigen

---

<sup>161</sup> S. ebd., § 82 Rn. 166.

<sup>162</sup> Mit Kostenträger sind gemeint die gesetzlichen und privaten Krankenversicherer und die Beihilfetträger von Bund, Ländern, Gemeinden und sonstigen Körperschaften.

<sup>163</sup> S. Prütting, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 54.

<sup>164</sup> Zu den mit dem Fördermittelrecht verbundenen insolvenzrechtlichen Problemen, s. unten Erster Teil I. C.

<sup>165</sup> Ausführlich Würtenberger/Altschwager, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 8 KHG Rn. 5.

Zahlungsanspruch, sondern eine „Anwartschaft auf Förderung“, welche sich zu einem Rechtsanspruch konkretisiert, wenn die bundes- und landesrechtlichen Voraussetzungen der Förderung erfüllt sind.<sup>166</sup>

Gem. § 9 Abs. 1 KHG fördern die Länder auf Antrag des Krankenhausträgers Investitionskosten sowie bewilligen nach Abs. 2 Fördermittel für sog. investitions-gleiche Kosten wie z.B. für die Nutzung von Anlagegütern<sup>167</sup> (Nr. 1), für Investitionsdarlehen (Nr. 3) oder für Kapitalkosten (Nr. 4).

§ 2 Nr. 2 KHG definiert Investitionskosten als Kosten der Errichtung von Krankenhäusern und der Anschaffung der zum Krankenhaus gehörenden Wirtschaftsgüter, ausgenommen Verbrauchsgüter, sowie die Kosten der Wiederbeschaffung der Güter des zum Krankenhaus gehörenden Anlagevermögens. Der Begriff der Investitionskosten wird zudem durch die Verordnung über die Abgrenzung der im Pflegesatz nicht zu berücksichtigenden Investitionskosten von den pflegesatzfähigen Kosten der Krankenhäuser (*Abgrenzungsverordnung - AbgrV*)<sup>168</sup> konkretisiert.

Die Höhe der Fördersumme wird durch die Aufnahme in ein Investitionsprogramm<sup>169</sup> festgelegt; dabei kann ein bestimmter einmaliger Förderbetrag gezahlt, eine Pauschalförderung festgesetzt oder auch eine Reduzierung der Förderung auf einen Festbetrag bis hinab auf „Null“ vorgenommen werden.<sup>170</sup>

Die Investitionsförderung ist der verfassungsrechtliche Ausgleich für die Krankenhäuser, die den Sicherstellungsauftrag der Länder zur stationären Versorgung umsetzen; haushaltsrechtlich ist die Förderung durch Zuschüsse und nicht durch freiwillige Leistungen zu gewähren.<sup>171</sup> Dabei erfolgt die Förderung für kleinere und mittlere Investitionsvorhaben in der Regel über pauschale Beträge, größere Vorhaben über einzeln zu beantragende Fördermaßnahmen, sofern sie in ein mehrjähriges Investitionsprogramm des Landes aufgenommen wurden.<sup>172</sup>

Die Förderung der Investitionskosten führt zu einer Entlastung der Pflegesätze, wodurch diese auf einem sozial tragbaren Niveau verbleiben sollen.<sup>173</sup>

---

<sup>166</sup> Ebd.

<sup>167</sup> Anlagegüter sind hierbei definiert als Gegenstände, die dazu bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen.

<sup>168</sup> AbgrV v. 12.12.1985 (BGBl. I S. 2255), zul. geänd. durch Gesetz v. 21.7.2012 (BGBl. I S.1613).

<sup>169</sup> Die Länder gestalten diese Programme unterschiedlich. Zum einen fördern sie Einzelmaßnahmen in mehrjährigen Programmen, zum anderen werden Jahresbauprogramme aufgestellt und abgearbeitet. Es gibt pauschalisierte Programme oder Mischmodelle aus Einzel- und Pauschalförderungskomponenten; hierzu *Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 34.

<sup>170</sup> S. D. *Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 16.

<sup>171</sup> Ebd., § 5 Rn. 24.

<sup>172</sup> S. *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 258.

<sup>173</sup> BT-Drs. 6/1874, 10.



## b) Pflegesatzrecht

Das Pflegesatz- und Entgeltrecht befasst sich mit der Vergütung der Leistungen, die in einem Krankenhaus erbracht werden.<sup>174</sup>

### aa) Überblick

Pflegesätze sind nach § 2 Nr. 4 KHG die Entgelte der Benutzer oder ihrer Kostenträger für stationäre und teilstationäre Leistungen des Krankenhauses.<sup>175</sup> Pflegesatzrecht ist zwingendes Recht und gilt im Grundsatz für alle Krankenhäuser, die nicht gemäß § 3 KHG aus dem Geltungsbereich ausgenommen sind und die nicht gem. § 20 S. 1 KHG i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 oder 7 KHG vom Pflegesatzrecht ausgenommen sind.<sup>176</sup>

Das Pflegesatzrecht befasst sich mit der Art der einzelnen Entgelte sowie deren Höhe und Zustandekommen; wer hingegen für die Pflegesätze aufzukommen hat, richtet sich nach Sozialleistungsrecht und für den selbstzahlenden Patienten nach Zivilrecht.<sup>177</sup>

§ 17 Abs. 3 und 4 KHG listen zudem diejenigen Kosten und Positionen auf, die nicht pflegesatzfähig sind und somit bei der Kalkulation und Festlegung der Pflegesätze nicht zu berücksichtigen sind.<sup>178</sup> Intention ist, dass diejenigen Krankenhäuser, welche an der öffentlichen Investitionsförderung teilnehmen, nicht denselben Kostenposten doppelt vergütet erhalten.<sup>179</sup>

Eine Zweckbindung der Erlöse aus Pflegesätzen besteht anders als bei den Investitionsfördermitteln nicht.<sup>180</sup>

### bb) Vergütung der Krankenhausleistungen<sup>181</sup>

Zentral für die Vergütung der Krankenhausleistungen ist das DRG-System.<sup>182</sup> Gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KHEntG sind die Entgelte für allgemeine Krankenhausleistungen für alle Benutzer einheitlich zu berechnen. Hieraus folgt, dass die Entgelte nicht hinsichtlich einzelner Krankenkassen, Versicherungen oder Personen differenziert werden.<sup>183</sup> Nach § 17 Abs. 1 KHG gilt dieser Grundsatz auch für Wahlleistungsentgelte sowie für die Vergütung der vor- und nachstationären Behandlung.

Gem. § 17 Abs. 1 S. 2 KHG sind die Pflegesätze im Voraus zu bemessen, d.h. vor Beginn des Vereinbarungszeitraums; hierzu haben die Vertragsparteien

---

<sup>174</sup> D. Prütting, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 50.

<sup>175</sup> Zum überkommenen und wenig passenden Begriff des Pflegesatzes vgl. Quaaß/Zuck, Medizinrecht, § 26 Rn. 223.

<sup>176</sup> Genzel/Degener-Hencke, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 163.

<sup>177</sup> S. Quaaß/Zuck, Medizinrecht, § 26 Rn. 7.

<sup>178</sup> S. Dettling/Niedziolka, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 17 KHG Rn. 63 ff.

<sup>179</sup> Ebd.

<sup>180</sup> Ebd., § 82 Rn. 170.

<sup>181</sup> Im Folgenden erfolgt nur eine Darstellung der zentralen gesetzlichen Regelungen, für eine umfassende Darstellung der Vergütung von Krankenhausleistungen s. Tuschen/Trefz, Krankenhausentgeltgesetz.

<sup>182</sup> S. hierzu bereits Erster Teil I. B. III. 1. c)

<sup>183</sup> S. Tuschen/Trefz, Krankenhausentgeltgesetz, Erl. § 8 KHEntG.

eine Leistungsprognose auf Basis des laufenden und abgelaufenen Pflegezeitraums mit sämtlichen absehbaren Behandlungsfällen zu erstellen.<sup>184</sup> Vertragsparteien der Pflegesatzvereinbarungen sind der Krankenhausträger und die die Kosten tragenden Sozialleistungsträger, insbesondere die gesetzlichen Krankenkassen.<sup>185</sup> Die Krankenkassen sind nach § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V verpflichtet, mit dem Krankenhausträger Pflegesatzverhandlungen nach Maßgabe des KHG, KHEntg und der BpflV zu führen.

Würde sich die Pflegesatzvereinbarung allein nach der Leistungsmenge richten, würde dies bedeuten, dass weniger Leistungen zu geringeren Erlösen, viele Leistungen aber zu unbegrenzt hohen Erlösen führen würden. Zu einer Begrenzung der Erlöse des Krankenhauses führt allerdings das Erlösbudget.<sup>186</sup> Da die Planung aber selten mit den tatsächlichen Zahlen, d.h. mit dem tatsächlich erbrachten Leistungsvolumen übereinstimmt, ergeben sich sog. Mehr- bzw. Mindererlöse. Erbringt das Krankenhaus mehr Leistungen als vorausgesehen, ergeben sich Mehrerlöse, im umgekehrten Falle Mindererlöse.<sup>187</sup> § 4 Abs. 3 KHEntg regelt den Ausgleich der Mehr- bzw. Mindererlöse.<sup>188</sup> Die Pflegesätze sind daher keine mengenunabhängigen Preise, sondern Abschlagszahlungen auf das vereinbarte Budget.<sup>189</sup>

Wesentliche Festlegungen betreffend die Vergütung der DRG-Krankenhäuser obliegen den Selbstverwaltungspartnern auf Bundesebene (hier die Deutsche Krankenhausgesellschaft e.V., der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und Verband der privaten Krankenversicherung e.V.) und auf Landesebene (Landeskrankenhausesgesellschaft, Landesverbände der Krankenkassen), vgl. insbesondere § § 9 und 10 KHEntg.<sup>190</sup>

Gem. § 11 Abs. 1 S. 1 KHEntg regeln die Vertragsparteien krankenhausspezifisch in der Vereinbarung das Erlösbudget, die Summe der Bewertungsrelationen, Zu- und Abschläge, sonstige Entgelte, sowie den Mehr- und Mindererlösausgleich.<sup>191</sup>

Die Höhe der eigentlichen Fallpauschalen wird mithilfe des sog. Landesbasisfallwertes ermittelt; durch Multiplikation der Bewertungsrelation der jeweiligen Fallgruppe mit dem jeweiligen Landesbasisfallwert ergibt sich ein Festpreis, auf den das Krankenhaus einen Anspruch hat.<sup>192</sup>

---

<sup>184</sup> S. Dettling/Niedziolka, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 17 KHG Rn. 29.

<sup>185</sup> Zur Frage, welche Krankenkassen teilnehmen s. Genzel/Degener-Hencke, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 172.

<sup>186</sup> S. Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 25 Rn. 214.

<sup>187</sup> Ausführlich s. ebd. § 35 Rn. 217.

<sup>188</sup> Ausführlich Tuschen/Trefz, Krankenhausentgeltgesetz, Erl. § 4 KHEntg zu Abs. 3 S. 2.

<sup>189</sup> Behrends, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 407.

<sup>190</sup> Hierzu Genzel/Degener-Hencke, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 211.

<sup>191</sup> Einzelheiten bei Ratzel/Luxenburger/Rehborn/Thomae, Handbuch Medizinrecht, § 30 Rn. 228 ff.

<sup>192</sup> Beispiel aus Fallpauschalen Katalog 2010, abgedruckt in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Fn. 327: DRG aus MDC 05 Krankheiten und Störungen des Kreislaufsystems: F12H – Implantation eines Herzschrittmachers/Ein-Kammersystem ohne invasive kardiologische Diagnostik – und Bewertungsrelation bei Hauptabteilung von 1,692

Weiterhin können auf die sich ergebenden Fallpauschalen nach § 17b Abs. 1 S. 3 KHG bundeseinheitliche Regelungen für Zu- und Abschläge vereinbart werden; so besteht nach § 5 Abs. 2 KHEntgG ein Sicherstellungszuschlag für die Vorhaltung von Leistungen, die aufgrund des geringen Versorgungsbedarfs mit den Fallpauschalen nicht kostendeckend finanzierbar sind.<sup>193</sup> Daneben können die Bundesverbände der Selbstverwaltung nach § 17b Abs. 1 S. 12 KHG Zusatzentgelte für Leistungen, Leistungskomplexe oder Arzneimittel vereinbaren, soweit dies in Ergänzung der Fallpauschalen in eng begrenzten Ausnahmefällen erforderlich ist.<sup>194</sup>

Letztlich ist Grundlage der Krankenhausfinanzierung ein höchstens aus fünf Komponenten bestehendes Krankenhausbudget. Dieses setzt sich zusammen aus einem Erlösbudget nach § 4 KHEntgG, einer Erlössumme für krankenhaushausindividuelle Leistungen nach § 6 Abs. 3 KHEntgG, Entgelten für Innovationen i.S.d § 6 Abs. 2 KHEntgG, Zusatzentgelten für die Behandlung von Blutern nach § 3 Nr. 4 KHEntgG sowie Zu- und Abschlägen für unterschiedliche Konstellationen nach § 7 Abs. 1 KHEntgG.<sup>195</sup> Das Krankenhausbudget ist dabei die Summe der geplanten und mit den Kostenträgern vereinbarten Erlöse und soll das gesamte Leistungsangebot der zugrunde liegenden Versorgungslandschaft berücksichtigen.<sup>196</sup>

Das Krankenhausbudget ist zu einem gewissen Maße flexibel, um einen Anreiz zu setzen, einerseits nur bedarfsgerechte Leistungen zu erbringen, andererseits das geplante Leistungsziel nicht übermäßig zu unterschreiten.<sup>197</sup>

#### **4. Defizitausgleich aus öffentlichen Kassen im Lichte des Beihilfenrechts<sup>198</sup>**

Einen aktuellen und umstrittenen Aspekt des staatlichen Krankenhausfinanzierungsrechts stellt die Frage der Zulässigkeit eines Defizitausgleichs aus öffentlichen Kassen unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten dar. Angesichts der Bedeutung für die Institution Krankenhaus und deren Auftreten am Markt sowie die Bedeutung gerade in Zeiten wirtschaftlicher Schieflage, soll der Rahmen dieser Thematik kurz skizziert und eingeordnet werden, sowie die Rechtsprechung der Instanzgerichte und des BGH am Beispiel der Defizitfinanzierung der Kreiskliniken Calw dargestellt werden.

---

und angenommenem Landesbasisfallwert von 2.935 € = Höhe der Fallpauschale: 4.966,02 €; bei Belegoperator Bewertungskorrelation von 1,435 = Fallpauschale von 4.211,73 €; zum Landesbasisfallwert auch *D. Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 55, welche insbesondere die jüngsten Gesetzesänderungen aufgreift und darauf hinweist, dass die bundesweit uneinheitlichen Basisfallwerte einem Bundesbasisfallwert nach § 10 Abs. 8 und 9 KHEntgG anzunähern sind, indem zunächst ein Basisfallwertkorridor in sechs gleichen Schritten bis zum Jahr 2021 anzustreben ist.

<sup>193</sup> Hierzu Wenzel, Handbuch FA MedizinR/*Quaas*, Kap. 14 Rn. 89.

<sup>194</sup> Hierzu ebd., Kap. 12 Rn. 90.

<sup>195</sup> Zu den einzelnen Posten im Detail *D. Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 76 ff.

<sup>196</sup> *S. Wasem/Walendzik/Thomas*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 62.

<sup>197</sup> S. ebd. Rn. 70.

<sup>198</sup> Einführend *D. Prütting*, GesR 2017, 415 ff.

### a) Beihilferechtlicher Rahmen

Die Krankenhausfinanzierung ist in den vergangenen Jahren in den Fokus des Europäischen Beihilferechts gerückt. Krankenhäuser erfüllen ohne Rücksicht auf ihre Trägerschaft in der Regel den EU-beihilferechtlichen Unternehmensbegriff; daher sind im Grundsatz alle Leistungen, die einem Krankenhaus einen finanziellen Vorteil verschaffen können und geeignet sind, den grenzüberschreitenden Handel zu beeinträchtigen, unzulässig.<sup>199</sup>

Staatliche Investitionen wie auch kommunale Eigenmittel werden von privaten Konkurrenten vermehrt als nicht vertretbare Wettbewerbsvorteile und als nach EU-Recht unzulässige Beihilfen angesehen.<sup>200</sup> Eingekleidet in einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch hatte das OLG Stuttgart<sup>201</sup> im Jahr 2014 über die Klage des Bundesverbandes Deutscher Privatkliniken e.V. zu entscheiden, die sich gegen verschiedene Finanzleistungen des beklagten baden-württembergischen Landkreises Calw an die Kreiskliniken Calw gGmbH wendeten.

### b) Entscheidung OLG Stuttgart<sup>202</sup>

Das OLG Stuttgart entschied, dass die gewährten Ausfallbürgschaften und Investitionszuschüsse keine europarechtswidrigen Beihilfen darstellen sollen.

Ein Krankenhaus – so das Gericht – sei von der Notifizierungspflicht freigestellt, weil es Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringe; dies konkretisierte sich in der Aufnahme in den Krankenhausplan eines Landes, wodurch das Krankenhaus in die öffentliche Sicherstellungsverantwortung der stationären Krankenhausversorgung eingebunden werde.<sup>203</sup>

### c) Entscheidung BGH

Im Folgenden hatte dann der Bundesgerichtshof revisionsinstanzlich über die Grundsatzfrage zu entscheiden, ob die Gewährung von Ausgleichsleistungen öffentlicher Träger an die von ihnen betriebenen Krankenhäuser beihilferechtlich zulässig ist.

Die Revision – entschieden mit Urteil v. 24.3.2016 – hatte teilweise Erfolg.<sup>204</sup> Im entscheidenden Punkt hingegen<sup>205</sup> – dem Unterlassungsantrag hinsichtlich des Ausgleichs der Jahresfehlbeträge der Kreiskliniken Calw – wurde die Revision abgewiesen.<sup>206</sup>

---

<sup>199</sup> D. Prütting, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 45.

<sup>200</sup> S. ebd., § 5 Rn. 47.

<sup>201</sup> Erstinstanzlich entschied das LG Tübingen, Urteil v. 23.12.2013, 5 O 72/13, m. Anmerkung Struß, MedR 2014, 406.

<sup>202</sup> OLG Stuttgart, Urteil v. 20.11.2014 – 2 U 11/14 = MedR 2014, 401.

<sup>203</sup> S. auch D. Prütting, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 47.

<sup>204</sup> So sah der BGH die Defizitausgleiche der Jahre 2012 und 2013, welche auf einen unzureichenden Betrauungsakt aus dem Jahr 2008 gestützt waren, als nicht von der Notifizierungspflicht freigestellt an.

<sup>205</sup> Soweit der BGH die Sache an das OLG Stuttgart zurückverwiesen hat, stellen sich keine grundsätzlichen Fragen mehr, die den Erfolg in der Sache für die öffentlichen Krankenhäuser schmälern könnten.

<sup>206</sup> BGH, Urteil v. 24.3.2016 – I ZR 263/14 = NJW 2016, 3176 ff.

Im Kern bejaht der BGH<sup>207</sup> die beihilferechtliche Zulässigkeit staatlicher Finanzierung, wenn und soweit das Krankenhaus mit der Erbringung spezifischer Gemeinwohlaufgaben, den sog. Leistungen der Daseinsvorsorge von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DawI) i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut ist.<sup>208</sup> Zusammengefasst – so der BGH – muss der jeweilige Träger durch verbindliche Rechtsakte mit der Erbringung einer inhaltlich und räumlich konkret definierten DawI betraut sein, der Betreuungsakt muss vorher festlegen, welche Maßstäbe zur Ermittlung der zu gewährenden Ausgleichsleistung herangezogen werden und die Höhe der Ausgleichsleistungen ist begrenzt auf das, was der Träger für die Erfüllung der ihm auferlegten DawI tatsächlich benötigt, um eine Überkompensation zu vermeiden.<sup>209</sup>

#### **d)      Ausblick und Bedeutung für den Krankenhausmarkt**

Das Urteil des BGH setzte somit einen vorläufigen Schlusspunkt unter die Frage der europarechtlichen Zulässigkeit der Defizitfinanzierung öffentlich-rechtlicher Krankenhäuser. Nicht entschieden hat der BGH hingegen die Rechtslage ohne Versorgungsauftrag des Trägers.<sup>210</sup>

Außerdem verwies der BGH die Sache an das OLG Stuttgart zurück, soweit die auf den Betrauungsakt von 2008 gestützten Defizitausschleiche betroffen waren, da das OLG in seiner Entscheidung offengelassen hatte, ob es sich bei den Maßnahmen um Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelte.<sup>211</sup>

Es kann aber festgehalten werden, dass der Grundtenor des Urteils nicht zu mehr Wettbewerb auf dem Krankenhausmarkt führen wird. Zwar machten die Richter Vorgaben für die inhaltliche Ausgestaltung des Betrauungsaktes, so dass jedenfalls in dieser Hinsicht Transparenz herrscht. Eine Verzerrung der Marktverhältnisse durch umfangreiche Zuschüsse im Sinne eines Wettbewerbsnachteils für diejenigen Träger, die keinen Zugang zur Defizitfinanzierung haben, ist augenscheinlich.<sup>212</sup> Fakt ist, dass damit auch in Zukunft eine

---

<sup>207</sup> Der 1. Leitsatz lautet: die allein die öffentliche Hand treffende Pflicht zur Aufrechterhaltung eines Krankenhausbetriebs auch im Fall seiner Unwirtschaftlichkeit rechtfertigt es, die medizinische Versorgung durch ein öffentliches Krankenhaus als dem staatlichen Defizitausgleich zugängliche Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV anzusehen.

<sup>208</sup> Zu den DawI ausführlich GHN/Wernicke, AEUV, Art. 106 Rn. 37 ff; zu den Voraussetzungen und Grenzen der Krankenhausversorgung als DAWI ausführlich Bulla, KommJur 2015, 245 ff.

<sup>209</sup> S. auch die Anmerkung zur Entscheidung BGH, Urteil v. 24.3.2016 – I ZR 263/14 v. Struß, MedR 2017, 237 f.

<sup>210</sup> Hinzuweisen sei außerdem auf die Diskussion, auch nicht geförderte Vertragskrankenhäuser in die Landeskrankenhauspläne aufzunehmen, um beihilferechtliche Diskussionen zu vermeiden, dies führt in der Praxis dazu, dass neue Vertragsschlüsse kaum noch in Betracht gezogen werden; hierzu D. Prütting, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 49.

<sup>211</sup> OLG Stuttgart, Urteil v. 20.11.2014 – 2 U 11/14 = MedR 2014, 401; das OLG Stuttgart entschied mit Urteil v. 23.3.2017 – 2 U 11/14 = GRUR-Prax 2017, 224, dass in dem Ausgleich von Jahresfehlbeträgen eine rein lokale Fördermaßnahme vorläge, welche keine Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union habe, so dass es sich auch nach erneuter Überprüfung um keine beihilferechtlich unzulässige Maßnahme handele.

<sup>212</sup> Man mag nun darüber streiten, ob dies im Gesamtsystem der Krankenhausversorgung vorteilhaft oder jedenfalls aufgrund der im Urteil genannten Gründe hinzunehmen ist oder

Vielzahl von öffentlichen Krankenhäusern am Markt bestehen bleiben können, die auf zusätzliche Zahlungen ihrer jeweiligen kommunalen Träger angewiesen sind und ihre jährlich anlaufenden Defizite unter entsprechendem Einsatz von Steuermitteln ausgleichen. Eine weiter voranschreitende Marktkonsolidierung durch Verdichtung des Krankenhausmarktes, welche zuvorderst Kliniken in öffentlicher Trägerschaft betreffen würde, ist hiermit nicht angesprochen. Somit ist es auch in Zukunft möglich, Krankenhausbetriebe im Rahmen kommunaler Strukturen außerhalb des gesetzlichen Systems der dualen Finanzierung zu unterhalten.<sup>213</sup>

Im Kontext der Krankenhaussolvenz interessant ist außerdem noch die Ausführung des BGH, dass der Pflicht der öffentlichen Hand zum Betrieb eines nicht kostendeckend arbeitenden [...] Krankenhauses nicht entgegenstehe, dass bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung [...] das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen zu eröffnen sei, *denn finanzielle Zuwendungen der öffentlichen Hand sollen die Insolvenz gerade verhindern*.<sup>214</sup> Hiermit lässt das Gericht indirekt anklingen, dass marktwirtschaftliche Mechanismen, wie bspw. das Ausscheiden bei unwirtschaftlicher Betriebsführung, im Krankenhaussektor nicht oder jedenfalls nur unter Einschränkungen zur Anwendung kommen sollen.<sup>215</sup>

#### IV. Versorgungsauftrag Plankrankenhaus

Bei der Bestimmung des Versorgungsauftrages ist danach zu differenzieren, ob es sich um ein Plankrankenhaus, eine Universitätsklinik oder ein Vertragskrankenhaus handelt, wobei nur der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses vorliegend interessiert.

Eine gesetzliche Definition dieses Begriffs fehlt. Der Versorgungsauftrag eines Plankrankenhauses ergibt sich vielmehr materiell nach § 8 Abs. 1 S. 4 KHEntG aus den Festlegungen des Krankenhausplans in Verbindung mit den Bescheiden zu seiner Durchführung nach § 6 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 Satz 3 KHG und einer ergänzenden Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 Satz 4 SGB V.<sup>216</sup> Praktisch bedeutsam ist deshalb der Krankenhausplan des jeweiligen Bundeslandes mit seinen Definitionen und Beschreibungen von Abgrenzungen.<sup>217</sup> Der

---

doch aus ökonomischer Perspektive mit dem Ziel der Effizienzsteigerung und Produktivität nicht eher kontraproduktiv ist. Auch bedarf es jedenfalls weitergehender Ausführungen, wie sich das Urteil mit dem in § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KHG normierten Ziel der Beachtung der Vielfalt der Krankenhausträger verträgt und ob nicht das Urteil letztlich zu einer faktischen Umkehr subsidiärer Gewährleistungsverantwortung im Krankenhausrecht führt, so ausdrücklich die Kritik bei Heise, EuZW 2015, 739, 742 f., der insbesondere die Annahme kritisiert, dass eine staatliche Trägerschaft in Kombination mit der Aufnahme in den Krankenhausplan zu einer Betreibungsverpflichtung führe. Dies führe nach Ansicht Heises zu einer Verkehrung der Idee subsidiärer Gewährleistungsverantwortung. Damit werden Strukturen staatlich betriebener Versorgungseinrichtungen gefestigt, was faktische Marktzutrittsbarrieren und Wettbewerbsbeschränkungen zur Folge habe.

<sup>213</sup> Hierauf bereits hinweisend ebd.

<sup>214</sup> BGH, Urteil v. 24.3.2016 – I ZR 263/14 Rn. 58 (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>215</sup> Zur Ordnungsaufgabe des Insolvenzrechts s. Erster Teil I. B.

<sup>216</sup> Insbesondere die Feststellungsbescheide sind von Bedeutung, da den Krankenhausplänen lediglich verwaltungsinterne Bedeutung zukommt.

<sup>217</sup> S. Ratzel/Luxenburger/Rehborn/Thomae, Handbuch Medizinrecht, S. § 30 Rn. 213.

Versorgungsauftrag ist somit für jedes Krankenhaus gesondert festzustellen. Aufgrund der lediglich verwaltungsinternen Wirkung des Krankenhausplans ist maßgebliche Erkenntnisquelle für den Versorgungsauftrag hingegen der Feststellungsbescheid nach § 8 Abs. 1 S. 3 KHG.<sup>218</sup> Dieser weist in der Regel den Standort, die Bettenanzahl sowie die Versorgungsstufe<sup>219</sup> des Plankrankenhauses aus, nicht aber den Versorgungsauftrag an sich.<sup>220</sup> Der Feststellungsbescheid ist sodann im Lichte der Festlegungen des Krankenhausplans unter Zugrundelegung der jeweiligen Weiterbildungsordnung der Landesärztekammern dahin auszulegen, in welchen medizinischen Disziplinen das Krankenhaus tätig werden darf.<sup>221</sup>

Die Leistungsverpflichtung des Krankenhauses beschränkt sich auf den Versorgungsauftrag, denn für außerhalb des Versorgungsauftrages erbrachte Leistungen erwirbt das Krankenhaus keinen Vergütungsanspruch.<sup>222</sup> So dürfen gem. § 8 Abs. 1 S. 3 KHEntgG Entgelte für allgemeine Krankenhausleistungen nur im Rahmen des Versorgungsauftrages berechnet werden. Spiegelbildlich hat der Versorgungsauftrag im sozialrechtlichen Sinne leistungsbegrenzenden Charakter und stellt die Grenze dessen dar, was der gesetzlich krankenversicherte Patient an Leistungen verlangen kann.<sup>223</sup>

Die Ausgestaltung des Versorgungsauftrages ist für die Finanzierung des Krankenhauses von Bedeutung. Insbesondere sollen gem. § 17 Abs. 2 KHG, soweit tagesgleiche Pflegesätze vereinbart werden, diese es dem Krankenhaus bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, den Versorgungsauftrag zu erfüllen. Ebenso bestimmt § 11 Abs. 1 S. 1 KHEntgG für das nunmehr geltende Fallpauschalensystem, dass das Krankenhausbudget unter Beachtung des Versorgungsauftrages zu regeln ist.<sup>224</sup>

Bei Nichteinhaltung des Versorgungsauftrages kommen Sanktionen sowohl auf planerischer als auch auf entgeltlicher Ebene in Betracht. Hält das Krankenhaus die sich aus dem planungsrechtlichen Feststellungsbescheid ergebenden Verpflichtungen nicht ein, kann der Bescheid mit Wirkung für die Zukunft ganz oder teilweise werden.<sup>225</sup> Auf der Entgeltebene müssen die, für außerhalb des Versorgungsauftrages erbrachte Leistungen erhaltenen Entgelte zurückerstattet werden.

---

<sup>218</sup> S. Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 25 Rn. 84.

<sup>219</sup> Zu unterscheiden ist zwischen Grund-, Regel- und Maximalversorgung.

<sup>220</sup> S. Wenzel, Handbuch FA MedizinR/Quaas, Kap. 14 Rn. 34.

<sup>221</sup> Zur Auslegung des Feststellungsbescheides ausführlich Sodan, GesR 2012, 641 ff.

<sup>222</sup> S. Terbille/Halbe/Rothfuß, MAH Medizinrecht, § 11 Rn. 107.

<sup>223</sup> § 39 Abs. 1 S. 3 SGB V bestimmt insoweit: Die Krankenhausbehandlung umfasst im Rahmen des Versorgungsauftrages des Krankenhauses alle Leistungen, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung der Versicherten im Krankenhaus notwendig sind [...]; hierzu auch Sodan, GesR 2012, 641 ff.

<sup>224</sup> Auch hier kann es zu einem Konflikt zwischen einer betriebswirtschaftlichen Steuerung der Krankenhäuser und dem staatlichen Versorgungsauftrag kommen, weil die einzelwirtschaftliche Rentabilität im Widerspruch zum Versorgungsauftrag geraten kann. Abhilfe können hier die Vereinbarung von Zuschlägen schaffen, um so ein Krankenhaus zu erhalten, welches unter Bedarfs Gesichtspunkten notwendig ist.; hierzu auch Hajen/Paetow/Schumacher, Gesundheitsökonomie, S. 192 f.

<sup>225</sup> Vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 25 Rn. 94.

Letztlich ist damit der Versorgungsauftrag eine Konkretisierung der vom Krankenhaus wahrzunehmenden Aufgaben und beinhaltet eine Zuordnung zu einer bestimmten Versorgungsstufe. Vereinfacht gesprochen geht der Gesetzgeber damit von einem natürlichen Bedarf an Gesundheitsleistungen aus, der zu berechnen und dem jeweiligen Krankenhaus partiell zur Befriedigung des Bedarfs zuzuweisen ist.

Bundesweit werden vier Stufen, die Grundversorgung, die Regelversorgung, die Zentralversorgung und die Maximalversorgung unterschieden.<sup>226</sup>

### C. Organisationsformen von Krankenhausträgern

Die Differenzierung nach verschiedenen Krankenhausträgern findet ihre Verortung in § 1 Abs. 2 S. 1 KHG, wonach bei Durchführung des Gesetzes, also bei der Krankenhausplanung und -finanzierung der Grundsatz der Trägervielfalt zu beachten ist. S. 2 bestimmt außerdem, dass die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser nach Maßgabe des Landesrechts im Besonderen zu gewährleisten ist.<sup>227</sup>

Im Übrigen regelt das KHG die gesetzlichen Rahmenbedingungen für das jeweilige Krankenhaus unabhängig von seinem Träger, so dass eine grundsätzlich unterschiedliche Ausgestaltung der gesetzlichen Bestimmungen nicht besteht.<sup>228</sup>

#### 1. Prinzip der Trägervielfalt

Der Begriff *Träger* umschreibt im Krankenhausrecht nicht die einzelne natürliche oder juristische Person, die das Krankenhaus betreibt, sondern die drei historisch gewachsenen Trägergruppen, die in die öffentlichen, privaten und die gemeinnützigen Träger unterteilt werden.<sup>229, 230</sup>

Die Trägervielfalt ist das Spiegelbild einer freiheitlichen und pluralistischen Gesellschaftsordnung und ergibt im Zusammenspiel mit den grundrechtlichen Freiheitsgarantien und dem Sozialstaatsprinzip eine Funktionsgarantie für die nichtstaatliche Krankenhausversorgung.<sup>231</sup>

Die Vorgabe ist als Optimierungsgebot zu verstehen. Weder lassen sich aus ihr konkrete Ansprüche herleiten noch folgt aus ihr eine Bestandsgarantie für

---

<sup>226</sup> Hierzu *Freytag*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 310 f.

<sup>227</sup> Zur Bedeutung des § 1 Abs. 2 S. 2 KHG s. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 24 Rn. 70.

<sup>228</sup> S. *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 36.

<sup>229</sup> Hinzuweisen sei außerdem auf die Abgrenzung unter funktionalen Gesichtspunkten; so kann eine Differenzierung in Allgemeinkrankenhäuser, die der umfassenden stationären Versorgung der Bevölkerung dienen und in Fachkrankenhäuser, die eine Fachrichtung spezialisiert sind und oftmals eine Ergänzungsfunktion wahrnehmen, vorgenommen werden. Besondere Formen von Krankenhäusern sind weiterhin die Universitätskliniken, die Krankenhäuser in Trägerschaft des Bundes, Krankenhäuser im Straf- oder Maßregelvollzug, Polizeikrankenhäuser sowie Krankenhäuser der gesetzlichen Unfall- und Rentenversicherung, zum Ganzen ausführlich Terbille/*Halbe/Rothfuß*, MAH Medizinrecht, § 8 Rn. 33 ff.

<sup>230</sup> S. *Detting/Würtenberger*, in: Detting/Gerlach, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 101.

<sup>231</sup> S. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 24 Rn. 64.



bereits bestehende Krankenhäuser.<sup>232</sup> Indes folgt nach den Grundsätzen der Rechtsprechung hieraus die Pflicht zu einem Schutz der Krankenhäuser in am Markt unterrepräsentierten Trägerschaft, so dass im Einzelfall einem solchen Krankenhaus der Vorzug vor einem leistungsfähigeren Krankenhaus zu geben ist.<sup>233</sup>

Letztlich verpflichtet der Grundsatz der Trägerpluralität nicht zu einer unveränderten Beibehaltung der Krankenhausstrukturen und fordert kein tatsächliches Gleichgewicht in der Versorgung, sondern die Gleichwertigkeit öffentlicher, freigemeinnütziger und privater Krankenhausträger in Erfüllung ihres Versorgungsauftrages.<sup>234</sup>

## **2. Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft**

Öffentliche Krankenhäuser sind die von Gebietskörperschaften, wie z.B. einer Stadt, einem Land oder Bezirk, sowie von sonstigen Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts<sup>235</sup> betriebene Krankenhäuser.<sup>236</sup> Ebenfalls hierzu gehören die von öffentlich-rechtlichen Institutionen beherrschten Krankenhäuser in privatrechtlicher Gesellschaftsform, insbesondere die kommunale Krankenhaus-GmbH.

### **a) Krankenhäuser als Regiebetrieb oder organisatorisch verselbstständigt als Eigenbetrieb**

Als Teil des öffentlichen Vermögens ist das Krankenhaus anzusehen, wenn dieses als Regiebetrieb<sup>237</sup> oder organisatorisch verselbstständigt als Eigenbetrieb<sup>238</sup> organisiert ist; sämtliche Aktiva und Passiva sind unmittelbar dem Vermögen der Gebietskörperschaft zuzurechnen.<sup>239</sup>

Während der Regiebetrieb wirtschaftlich sowie organisatorisch vollständig in die Kommunalverwaltung integriert bleibt, handelt es sich bei einem Eigenbetrieb um ein verselbstständiges kommunales Unternehmen.<sup>240</sup>

---

<sup>232</sup> Ebd. § 1 Rn. 106.

<sup>233</sup> BVerfG Beschluss v. 4.3.2004 – 1 BvR 88/00 = NJW 2004, 1648; so auch VGH Mannheim, Urteil v. 15.12.2009 – 9 S 482/07.

<sup>234</sup> MedR-Komm/Stollmann, § 1 KHG Rn. 31; so auch OVG Schleswig, Urteil v. 12.05.1999 – 2 L 29/98.

<sup>235</sup> Ausgenommen kirchliche und vergleichbare Einrichtungen.

<sup>236</sup> MedR-Komm/Stollmann, § 1 KHG Rn. 27.

<sup>237</sup> Hierbei handelt es sich in haushaltsrechtlicher, organisatorischer und personeller Hinsicht um einen selbstständigen Teil des Gemeindevermögens, m.w.N. Ehrliche, IR 2008, 248.

<sup>238</sup> Hierunter handelt es sich um eine unselbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts, s. ebd.

<sup>239</sup> S. Vallender, ZInsO 2016, 773.

<sup>240</sup> S. Friedrich/Leber, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 17.

## **b) Kommunale Krankenhaus-GmbH**

Öffentliche Krankenhausträger, die sich einer Rechtsform des Privatrechts bedienen, werden nicht private Krankenhausträger, sondern bleiben Angehörige ihrer jeweiligen Trägergruppe.<sup>241</sup>

Im Rahmen der (formellen) Privatisierung von kommunalen Aufgaben hat sich die GmbH als geeignetste Rechtsform hervorgetan.<sup>242</sup> Verantwortlich für die Krankenhausversorgung bleibt hierbei die Kommune, es kommt lediglich zu einem Wechsel in der Rechtsform der Aufgabenerledigung.<sup>243</sup>

## **3. Krankenhäuser in privater Trägerschaft**

Private Krankenhäuser<sup>244</sup> sind die mit Gewinnerzielungsabsicht betriebenen Kliniken, wobei Anknüpfungspunkt für das Merkmal „privat“ das gewerbliche Handeln des Klinikträgers ist, nicht die Rechtsform der Einrichtung selbst.<sup>245</sup>

Dem freien Unternehmertum sind aber jedenfalls im Rahmen der öffentlichen Krankenhausfinanzierung Grenzen gesetzt, denn gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 KHG sind nur solche Krankenhäuser förderfähig, die die in § 67 AO bezeichneten Voraussetzungen erfüllen. Somit sind solche Krankenhäuser nicht förderfähig, deren Betrieb überwiegend auf Gewinnerzielung gerichtet ist, was vorliegt, wenn mehr als 60 % der jährlichen Belegungstage oder Berechnungstage auf Patienten fallen, bei denen gesondert berechenbare, also keine allgemeinen Krankenhausleistungen, berechnet werden.<sup>246</sup>

## **4. Krankenhäuser in freigemeinnütziger Trägerschaft<sup>247</sup>**

Freigemeinnützige Krankenhäuser stellen einen traditionell geprägten Bereich der stationären Versorgung dar; sie stehen vor allem in Trägerschaft kirchlicher Organisationen, weltlicher Vereinigungen, Stiftungen oder Genossenschaften, zu nennen sind die Krankenhäuser des Roten Kreuzes, der Diakonie oder der Caritas.<sup>248</sup>

Freigemeinnützige Krankenhäuser sind nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet, sondern werden auf der Grundlage der Freiwilligkeit und Gemeinnützigkeit betrieben<sup>249</sup>

---

<sup>241</sup> So auch *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 7.

<sup>242</sup> Zur Frage der Rechtsformwahl monographisch *Buse*, Geeignete Rechtsformen für kommunale Krankenhäuser, 2000.

<sup>243</sup> *S. Friedrich/Leber*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 17; weiterführend *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH.

<sup>244</sup> Die vier umsatzstärksten Klinikunternehmen im Bilanzjahr 2015 waren allesamt privat rechtlich betrieben, s. *Augurzy/Pilny*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 18.

<sup>245</sup> *S. MedR-Komm/Stollmann*, § 1 KHG Rn. 27.

<sup>246</sup> *S. Würtenberger/Altschwager*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 5 KHG Rn. 7 f.

<sup>247</sup> Für eine ausführliche Darstellung s. *Heinig/Schlüter*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 19.

<sup>248</sup> *S. Dettling/Würtenberger*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 104.

<sup>249</sup> Ebd.

## 5. Statistische Zahlen

In Deutschland gab es im Jahr 2016 insgesamt 1.951 Krankenhäuser.<sup>250</sup> Davon befanden sich 570 in öffentlicher und 707 in privater Trägerschaft. Zudem gab es 674 freigemeinnützige Krankenhäuser. Im Jahr 1991 waren noch 46 % der Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft, im Jahr 2016 nur noch knapp 29 %.

Der umsatzstärkste öffentliche Klinikträger war im Jahr 2012 die Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH mit einem Jahresumsatz von 900 Millionen Euro. Im Bereich der freigemeinnützigen Einrichtungen nimmt den Spitzenplatz die St. Franziskus-Stiftung Münster<sup>251</sup> ein (655 Millionen Euro/2012). Für den Bereich der privaten Klinikbetreiber existieren bereits neuere Zahlen für das Bilanzjahr 2015. Das umsatzstärkste Klinikunternehmen war hier die Helios Kliniken GmbH mit einem Jahresumsatz von ca. 5,5 Mrd. Euro, gefolgt von den Asklepios Kliniken GmbH & Co. KGaA (3,1 Mrd. Euro) und der Sana Kliniken AG (2,3 Mrd. Euro).<sup>252</sup>

### D. Betrachtung des Krankenhausmarktes aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht – Versuch einer gesundheitsökonomischen Analyse<sup>253</sup>

Die Beantwortung der Fragestellung nach der Behandlung der Insolvenz eines Krankenhauses kann durch wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse erleichtert werden<sup>254</sup>, die zum Verständnis des Spannungsverhältnisses von sozialstaatlichen Aufgaben und marktwirtschaftlichen (Insolvenz-)regeln beitragen.

Unternehmenskrisen sind dabei einer freien Wirtschaftsordnung immanent. Sobald ökonomische Defizite einer am Wirtschaftsleben teilnehmenden Einheit nicht mehr beherrschbar sind, stellt das Insolvenzrecht mit dem eigens hierfür geschaffenen Insolvenzverfahren weitreichende Instrumente zur Verfügung, die entweder das Überleben des Unternehmens im Wege der Fortführung am Markt sichern oder zu einer Abwicklung führen sollen. Dass schon die Marktmechanismen im Krankenhauswesen andere sind, soll im Folgenden dargelegt, sowie hieraus erste Rückschlüsse für die Frage gezogen werden, wie

---

<sup>250</sup> <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2617/umfrage/anzahl-der-krankenhaeuser-in-deutschland-seit-2000/> (21.11.2017).

<sup>251</sup> Organisiert in der Rechtsform der kirchlichen Stiftung bürgerlichen Rechts.

<sup>252</sup> Hierzu auch die Statistik bei *Augurzy/Pilny*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 18.

<sup>253</sup> Weitere Wissenschaften, die sich intensiv mit Gesundheitsfragen auseinandersetzen sind die Soziologie und die Politikwissenschaften und als interdisziplinäre Zusammenführung die Gesundheitswissenschaften.

<sup>254</sup> Dieser Ansatz ist nicht unumstritten, s. statt vieler *Rittner*, JZ 2005, 668 ff., bietet sich aber vorliegend aber zum vertieften Verständnis der Besonderheiten des Krankenhaussektors an. Insbesondere beachtet die Gesundheitsökonomik soziale Zwecksetzungen bei der (makroökonomischen) Bewertung des Gesundheitssystems, s. *Lauterbach/Stock/Brunner*, Gesundheitsökonomie, S. 54. und stellt deshalb eine Grundlage für die hier zu interessierende Frage des Ausgleichs von Insolvenz- und Sozialrecht dar ohne hingegen die originäre Verantwortung des Rechts, normative Entscheidungen selbst zu treffen, ersetzen soll oder kann; zum Ergänzungsbedarf in der Rechtswissenschaft m. w. N. *Penner*, Leistungserbringungswettbewerb in einer sozialen Krankenversicherung, S. 60; s. auch *Gröpl*. VerwArch 93 (2002), 459.

den Spezifika der Insolvenz eines Krankenhauses in ausreichendem Maße Rechnung zu tragen ist.

Ein Schwerpunkt liegt hierbei auf der ökonomischen Analyse der Krankenhausfinanzierung. So mahnen Gesundheitsökonominnen unter dem Stichwort „Notfall Krankenhaus“ bereits seit langen einen Konsolidierungsprozess in der deutschen Krankenhausversorgung an.<sup>255</sup> Die hervorgebrachte Kritik am Finanzierungssystem soll anhand einer wirtschaftswissenschaftlichen Darstellung des Krankenhausmarktes und der -finanzierung, sowie der Übertragung allgemeiner Methoden der Gesundheitsökonomie auf die sich anschließend zu stellenden juristischen Fragestellungen handhabbar gemacht werden.

## **I. Allgemeine Methodik der Gesundheitsökonomik**

Ökonomie ist der rationale Umgang mit der Knappheit. Ökonomisches Handeln ist in diesem Sinne rationales Handeln. Ökonomik ist die Lehre davon.<sup>256</sup>

Ökonomische Betrachtungen im Gesundheitswesen wären überflüssig, wenn die zur Verfügung stehenden Mittel unbegrenzt wären, was - wenig überraschend - nicht der Fall ist.<sup>257</sup> Begrenzt ist die zunächst politisch determinierte prozentuale Verteilung eines jeden Euro jedenfalls durch das jeweilige Sozialprodukt. Eine zentrale Aufgabe der ökonomischen Betrachtung des Gesundheitssystems ist es deshalb, nachzuweisen, dass und ob ein zusätzlicher Betrag, welcher in staatliche gesundheitliche Leistungen investiert wird oder investiert werden soll, einen größeren Nutzengewinn mit sich bringt, als der Nutzenverlust durch den gleichen Betrag weniger in einem anderen Bereich der Volkswirtschaft beträgt.<sup>258</sup> Dies kann auch als Allokationsproblematik verstanden werden, also die Verteilung knapper Ressourcen auf die verschiedenen Bedarfe der Bevölkerung. Anders formuliert muss der Ökonom anstelle der Effektivität einer medizinischen Maßnahme die Effizienz, also die dem Ergebnis der Maßnahme gegenübergestellten Kosten beurteilen<sup>259</sup>, wobei sich ökonomische Evaluationen im Gesundheitswesen im Grundsatz nicht von anderen volkswirtschaftlichen Erhebungen unterscheiden.<sup>260</sup>

Als bemerkenswerter Aspekt der Gesundheitsökonomie erweist sich, dass das Forschungsobjekt, der Gesundheitsmarkt, in keinem Land als vollständig wettbewerbliches System konzipiert, sondern durch vielfältige staatliche Eingriffe gekennzeichnet ist.<sup>261</sup>

---

<sup>255</sup> Hierzu auch Heise, EuZW 2015, 739.

<sup>256</sup> S. Herder-Dornreich, S. 11; i.Ü. ist es inzwischen üblich, den Gegenstand als „Gesundheitsökonomie“, die Fachdisziplin, die sich mit diesem Gegenstand beschäftigt, als „Gesundheitsökonomik“ zu bezeichnen. Im Folgenden wird keine Unterscheidung der Begriffe vorgenommen.

<sup>257</sup> ausführlich Schöffski, in: ders./Graf v. Schulenburg, S. 3.

<sup>258</sup> S. ebd.

<sup>259</sup> Zu den Formen der Effizienzbewertung *technical efficiency*, *cost-effectiveness efficiency*, sowie der *allokativen Effizienz* s. Längen, in Lauterbach/Stock/Brunner, Gesundheitsökonomie, S. 37.

<sup>260</sup> S. Ebd. S. 5.

<sup>261</sup> M.w.N. Längen, in Lauterbach/Stock/Brunner, Gesundheitsökonomie, S. 46.

Die zentralen Felder der Gesundheitsökonomie lassen sich wie folgt skizzieren:

Im Zentrum der Gesundheitsökonomie stehen Allokationsfragen. Unter Allokation ist die Verteilung knapper Ressourcen oder Produktionsfaktoren auf die verschiedenen Bedarfe einer Gesellschaft zu verstehen, da aufgrund von Knappheit nicht alle Bedarfe gleichzeitig befriedigt werden können.<sup>262</sup> Hierzu müssen die Bedarfe der Gesellschaft bekannt sein. In marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaftssystemen zeichnet sich der Bedarf nach Gesundheitsleistungen am Markt durch deren Nachfrage aus, wobei die Nachfrage abhängig von den Preisen für Gesundheitsleistungen und vom Einkommen der Patienten ist.<sup>263</sup> Wenn der Staat nun bestimmte Gesundheitsgüter bereitstellt, geschieht dies in der Regel steuerfinanziert oder über vergleichbare Zwangsabgaben, deren ökonomische Auswirkungen zu untersuchen sind.

Das zweite Problem der Gesundheitsökonomie wird als Effizienzproblem beschrieben. Effizienz in der Produktion ist dann gegeben, wenn es nicht mehr möglich ist, durch Einsparung von Ressourcen die Kosten bei gleicher Menge und Qualität zu senken oder bei gleichen Kosten die Menge und die Qualität zu erhöhen.<sup>264</sup> Das dritte Problem bezieht sich auf die Verteilung von Gesundheitsleistungen. Gefragt wird, nach welchen Kriterien Gesundheitsleistungen auf die Bürger verteilt werden sollen.<sup>265</sup> Zuletzt befasst sich die Gesundheitsökonomie mit der Bedeutung des Gesundheitssektors für das Wachstum einer Volkswirtschaft und deren Beschäftigungseffekte.<sup>266</sup>

Gesundheitsökonomie ist damit die umfassende ökonomische Analyse der Interdependenzen und der Verhaltensweisen sowie der Produktionsbedingungen im Gesundheitswesen und hilft bei der Lösung der generellen Allokationsfrage, welche Möglichkeiten die Gesellschaft dem Gesundheitswesen geben kann, um die Versorgung der Kranken vorzunehmen.<sup>267</sup> Die Gesundheitsökonomie untersucht dabei die Allokation, Effizienz, Verteilung und Wertschöpfung von Gesundheitsleistungen.<sup>268</sup>

## II. Krankenhausmärkte und Wettbewerb<sup>269</sup>

Alle Betrachtungen über den Wettbewerb beginnen und enden auf Märkten. Die Organisation wirtschaftlicher Prozesse ist zentraler Bestandteil jeder Gesellschaft und erfolgt in marktwirtschaftlichen Systemen vorrangig dezentral auf wettbewerblich strukturierten Märkten. Aus ordoliberaler Sicht ist der Markt grundsätzlich das effektivste und damit sozialste Instrument der Güterverteilung.<sup>270</sup> Unter Märkten wird hierbei die Koordination von Angebot und

---

<sup>262</sup> S. *Hajen/Paetow/Schumacher*, Gesundheitsökonomie, S. 16.

<sup>263</sup> Ebd.

<sup>264</sup> Ebd.

<sup>265</sup> Ebd. S. 17.

<sup>266</sup> Ebd.

<sup>267</sup> Nach *Graf v. Schulenburg/Greiner*, Gesundheitsökonomik, S. 23.

<sup>268</sup> S. *Hajen/Paetow/Schumacher*, Gesundheitsökonomie, S. 17.

<sup>269</sup> Instruktiv *Detting*, GesR 2008, 168 ff.

<sup>270</sup> S. *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. 1, 1983, § 1 I 7 ff., S. 4 ff.; s. zur Koordinierungsfunktion der Märkte *Leipold*, Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme im Vergleich, S. 45 ff.; zu den Funktionsbedingungen des Tausches und der Märkte auch *Wrede*, Mensch,

Nachfrage nach Gütern über Preise verstanden.<sup>271</sup> Eine andere Möglichkeit der Organisation ist die staatliche oder anderweitig koordinierte Zuteilung.

Wettbewerb im wirtschaftlichen Sinne wird gemeinhin dadurch charakterisiert, dass Märkte mit zwei oder mehr Anbietern und Nachfragern existieren, die sich antagonistisch verhalten, also durch Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter ihren Zielerreichungsgrad zulasten anderer Wirtschaftssubjekte verbessern wollen, mithin nicht kooperativ handeln.<sup>272</sup>

Nun hat die bisherige Darstellung gezeigt, dass die Frage, welche Leistungen ein einzelnes Krankenhaus anbieten will, nicht zur freien Disposition steht, sondern die rechtliche Ausgestaltung der Krankenhausversorgung hier einen entsprechenden Rahmen bereitstellt, so dass zugelassene Krankenhäuser im Rahmen ihres Versorgungsauftrages die notwendigen Behandlungsmöglichkeiten anbieten und damit auch gerade diejenigen anbieten müssen, die für die Behandlung der Versicherten notwendig sind. Krankenhäuser sind insoweit aus der öffentlich-rechtlichen Rahmenordnung heraus zur Vorhaltung eines umfassenden Leistungsangebotes verpflichtet, welches nicht aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen im Wege der Leistungsminderung oder -veränderung nach eigenem Belieben variiert werden kann.<sup>273</sup> Dies ist ein erster, wesentlicher Unterschied zu Anbietern auf anderen Märkten, welche das Angebot ihrer Leistungen hinsichtlich Preis und Qualität frei bestimmen können und sich somit direkt den Begebenheiten am Markt, wie z.B. der Nachfragersteigerung oder des Nachfragerückgangs anpassen können. Krankenhäuser bieten damit letztlich ihre regulierten Dienstleistungen mit einem öffentlich-rechtlich regulierten Preis unter Kontrahierungszwang an.<sup>274</sup>

Weiterhin besteht wie aufgezeigt durch die staatlich gelenkte Krankenhausplanung kein offener Marktzugang auf Anbieterseite. Ganz allgemein beinhalten Marktzugangskriterien die Gefahr, dass erwünschte Tauschprozesse verhindert, mit unnötigen Kosten verbunden oder Marktergebnisse mit der Folge fehlgelenkt werden, dass nicht der beste Anbieter am Markt obsiegt, sondern der begünstigste.<sup>275</sup>

Weiterhin weist auch die Nachfrageseite Besonderheiten auf. Als zentraler Nachfrager ist dem Grunde nach der jeweilige Patient anzusehen, welcher entscheiden kann, in welches Krankenhaus er sich zur Behandlung begibt. Von Wettbewerb wiederum kann aber nur dann gesprochen werden, wenn das Angebot auf einem Markt auf den gedachten Nachfrager nach realistischer

---

Markt und Staat – Plädoyer für eine Wirtschaftsordnung für unvollkommene Menschen, S. 18.

<sup>271</sup> S. Lingen, in Lauterbach/Stock/Brunner, Gesundheitsökonomie, S. 37; zum Begriff des Marktes ausführlich exemplarisch Albers u. A.: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. V, S. 105 ff.

<sup>272</sup> Nach Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 1 f.; in der Wettbewerbstheorie existieren eine Vielzahl weiterer Modelle zur Charakterisierung des Wettbewerbs. Hierauf basieren wiederum verschiedenste Denkschulen, exemplarisch die *Chicago-School*, die *Harvard-School* oder die *Austrian-School*.

<sup>273</sup> S. Bruckenberger/Klaue/Schwintowski, S. 6.

<sup>274</sup> S. ebd. S. 7; zum Marktmodell und zum unvollkommenen Wettbewerb im Gesundheitswesen ausführlich auch Passon/Siegel, in: Lauterbach/Lingen/Schrapp, Gesundheitsökonomie, S. 120 ff.

<sup>275</sup> Hierzu s. Dettling, GesR 2008, 168, 172 f.

Einschätzung überhaupt einwirken und die Nachfrageentscheidung beeinflussen kann, verstanden als sog. Konsumentensouveränität.<sup>276</sup> Zu konstatieren ist jedoch, dass neben den Notfällen, welche keine Wahlfreiheit ausüben (können), sich ein Großteil der Patienten in stationäre Behandlung aufgrund der Einweisung ihres behandelnden Arztes begeben. Hierbei handelt es sich weniger um einen Marktvorgang, sondern vielmehr um die Befolgung ärztlichen Rates, so dass die oben angesprochene Patientensouveränität faktisch nicht ausgeübt und damit auf das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage keine Wirkung hat.<sup>277</sup> Nicht zuletzt ist das Gesundheitswesen durch vergleichsweise starke Informationsasymmetrien zu Lasten der Nachfrager gekennzeichnet, welche ihre Ursache in dem komplexen Wissensgebiet bei häufig nur einmaliger Inanspruchnahme medizinischer Leistungen hat.<sup>278</sup>

Damit verbleibt nur eine relativ kleine Gruppe von Patienten, welche als Nachfrager im eigentlichen Sinne zu qualifizieren wären und auf informierter Grundlage eine souveräne Entscheidung treffen. Auf diese Entscheidung hat das einzelne Krankenhaus aber zum einen aufgrund rechtlicher Beschränkungen des Marketings wenig Einfluss und zum anderen deshalb, weil die Nachfrage im Gesundheitssektor immer eine gesundheitliche Beeinträchtigung voraussetzt so dass eine Steuerung nur sehr bedingt vorgenommen werden kann.<sup>279</sup> Auf der anderen Seite lässt sich aber auch von einer *angebotsinduzierten Nachfrageausweitung* sprechen, d.h. nicht der Nachfrager bestimmt in eigener Entscheidung das Konsumniveau, sondern der Anbieter.<sup>280</sup> De facto bedeutet dies, dass nicht der Patient entscheidet, welche Operation oder Therapie vorgenommen werden soll, sondern diese Entscheidung wird, bedingt durch die größere Sachkunde, durch den behandelnden Arzt getroffen.

Zudem ist auch der Preismechanismus durch das Sachleistungsprinzip außer Kraft gesetzt. Nachgefragt wird nicht etwa die günstigste Operation, sondern diejenige, die Erfolg verspricht und deren Kosten übernommen werden. Zusammengefasst lässt sich sagen, dass nicht der Patient eine Leistung nachfragt, für die er einen nach Angebot und Nachfrage gebildeten Preis zahlt, sondern

---

<sup>276</sup> S. Bruckenberger/Klaue/Schwintowski, S. 10.

<sup>277</sup> S. ebd. S. 10 f.

<sup>278</sup> S. Lingen, in Lauterbach/Stock/Brunner, Gesundheitsökonomie, S. 44; Dettling spricht in diesem Zusammenhang von „homo defectus“, GesR 2008, 168, 176.

<sup>279</sup> Insoweit lässt sich auch von einer mangelnden Flexibilität der Nachfrage sprechen; zur Angebots- und Nachfragesteuerung von Gesundheitsgütern s. Haubrock/Schär, Betriebswirtschaft und Management in der Gesundheitswirtschaft, S. 38 f.; dabei wird nicht übersehen, dass es auch planbare Krankheiten i.S.v. planbaren medizinisch notwendigen Maßnahmen gibt; dies stellt hingegen nicht den Normalfall da. Das Gesundheitssystem muss jedoch auf den Normalfall und damit auf die Bewältigung von Krankheiten mit Notfallcharakter ausgerichtet sein und die entsprechende Infrastruktur bereithalten. Hierzu Dettling, GesR 2008, 168, 175 (Fn. 48).

<sup>280</sup> Zu dieser Erkenntnis grundlegend Arrow, American Economic Review 1963, 941 ff.

das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot<sup>281</sup> begrenzt den Anspruch eines jeden Versicherten auf Leistungen, die notwendig und wirtschaftlich sind.<sup>282</sup>

Als Paradoxon erweist sich zudem, dass technische Entwicklungen nicht, wie in anderen Bereichen des Wirtschaftssystems zu einer Kostensenkung, sondern in der Mehrzahl der Fälle zu einer Kostensteigerung führen. Der sog. medizinische Fortschritt<sup>283</sup> führt dazu, dass Krankheiten diagnostizierbar und erstmals behandelbar werden sowie zu einer generellen qualitativen Verbesserung beitragen, die zu erhöhten Behandlungskosten führt.<sup>284</sup>

Vor diesem Hintergrund sind auch die gesetzgeberischen Tätigkeiten im Gesundheitssektor zu sehen, die nicht darauf abzielen, diesem eine marktwirtschaftliche Verfassung zu verleihen, sondern allein dazu dienen, die Finanzierbarkeit sicherzustellen. Anders formuliert folgt das Wirtschaftsverständnis im Krankenhaussektor nicht dem Credo des Wettbewerbs als Selbstzweck<sup>285</sup>, sondern Wettbewerb wird nur dort gefordert, wo vorher determinierte Ziele als durch wettbewerblich indizierte Prozesse zu erreichen erhofft werden.<sup>286</sup> Eine Abkehr vom Markt bedeutet aber zugleich, dass das Funktionieren staatlicher Entscheidungen in bedeutendem Maße in die ökonomische Analyse mit einbezogen werden muss, was aber gerade dann zu rein tatsächlichen Folgeproblemen führt, wenn man bedenkt, dass eine rationale wirtschaftliche Entscheidung deshalb nicht getroffen wird, weil sie aus politisch-ökonomischer Sicht als nicht opportun erscheint, da sie etwa die Wiederwahl gefährden könnte.<sup>287</sup> Diese Beobachtung ist im Gesundheitswesen mit seinen vielfältigen Interessengegensätzen besonders ausgeprägt.

Es wurde deutlich, warum sich in einem regulierten Markt, wie dem Gesundheitswesen, bekannte Marktmechanismen nur sehr bedingt übertragen lassen. Insbesondere ist zu konstatieren, dass ökonomische Interessen vorhanden sein können, die einerseits eine einzelwirtschaftliche Optimierung anstreben, andererseits aber nicht automatisch dazu führen, dass die stationäre Versorgung einer Region gewährleistet ist.<sup>288</sup> Jedoch gilt ebenso, dass Wettbewerbsmodellen auch im Gesundheitssektor dem Grunde nach unvoreingenommen

---

<sup>281</sup> § 12 Abs. 1 SGB bestimmt insoweit: Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.

<sup>282</sup> Bruckenberg/Klaue/Schwintowski, S. 12.

<sup>283</sup> S. Kirchberger, Soziale Sicherheit 36 (1987), 5.

<sup>284</sup> M.w.N. Nettesheim, VerwArch 93 (2002), 315, 320 f; diese Entwicklung führt aber auch dazu, dass sich die Verweildauer reduziert durch eine Verkürzung der Genesungsphase, so dass viele vormals in Krankenhäusern erbrachte Leistungen in ambulante Bereiche verlegt werden konnten, hierauf hinweisend Busse/Geissler, in: Debatin/Eckernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 7.

<sup>285</sup> In Wahrheit ist natürlich der Wettbewerb auch in einer unregulierten Marktwirtschaft kein Selbstzweck, sondern optimales Mittel zur Ressourcenverteilung.

<sup>286</sup> So auch Schmid, Konsolidierung und Konzentration im Krankenhaussektor, S. 64, welcher insbesondere die hohe Konzentration in weiten Teilen des deutschen Krankenhausmarktes darlegt und zu mehr Wettbewerb auch im Gesundheitswesen anmahnt.

<sup>287</sup> Einen Überblick über die ökonomische Theorie der Politik bei Behrends, Neue politische Ökonomie.

<sup>288</sup> S. Hajen/Paetow/Schumacher, Gesundheitsökonomie, S. 217.



gegenübergestanden werden und als belebendes Element gesehen werden sollte, so dass das jeweilige Modell auf Eignung und Interdependenzen zu prüfen ist.<sup>289</sup> Letztlich geht es um die Frage, unter welchen normativen Regeln Wettbewerbsprozesse stattfinden sollen, damit der Wettbewerb die vorher zu bestimmenden Ziele erreichen kann.<sup>290</sup>

### III. Ökonomische Kritik am Krankenhausfinanzierungssystem

Bei der Umsetzung sozial- und gesundheitspolitischer Ziele im Krankenhaussektor kommt der Ausgestaltung des Vergütungssystems eine zentrale Rolle zu. Hierbei geraten die gesetzlichen Regelungen der Krankenhausfinanzierung seit jeher immer wieder in den Fokus der Kritik. Dabei geht es insbesondere darum, dass die Krankenhausfinanzierung in einer Vielzahl von Fällen dazu führt, dass der Krankenhausträger Verluste erwirtschaftet, die er selbst zu tragen hat.<sup>291</sup> Das System der Krankenhausfinanzierung, so die Kritik, sei – anders als die Formulierung in § 1 Abs. 1 S. 1 KHG suggeriert – in Wahrheit darauf ausgerichtet, die Krankenkassen zu entlasten und wirtschaftlich zu sichern.<sup>292</sup> Ökonomische Spielregeln werden dabei durch ein staatliches Korsett rechtlich reglementiert, insbesondere auf Einnahmenseite; zudem wachsen die Kosten der Krankenhausträger stärker als deren typisierte Erlöse, insbesondere durch rapide Tariflohnsteigerungen und steigende Sachkosten.<sup>293</sup>

Das Gesamtsystem der Vergütung von Krankenhausleistungen enthält partielle Fehlanreize, die zu unerwünschten Markteffekten führen. Zu nennen sind hier die schleppende Ambulantisierung bisheriger stationärer Versorgung, eine Versorgungsstruktur mit hohen Vorhaltekosten oder die Mengenentwicklung,

---

<sup>289</sup> Zum Verhältnis Wettbewerb und Qualitätssteigerung vgl. statt vieler *Kluth*, MedR 2003, 123 ff., sowie *Münkler*, Kosten-Nutzen-Bewertungen in der gesetzlichen Krankenversicherung; zu den Nachteilen von Staatseingriffen im Gesundheitswesen auch *Hajen/Paetow/Schumacher*, Gesundheitsökonomie, S. 80 f.

<sup>290</sup> So etwa *Kärber*, Wettbewerbspolitik in Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Bd. 2, S. 369 ff.; diese Erkenntnis steht auch im Einklang mit dem Umstand, dass dem Rechtsgut Gesundheit ein besonders bedeutender Stellenwert zukommt und dem Gesundheitswesen weniger der Gedanke des selektierenden „survival of the fittest“, sondern derjenige des „survival of all“ zugrunde liegt; in diesem Sinne auch *Dettling*, GesR 2008, 168, 176; insoweit sollte der Wettbewerb nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel zum Zweck verstanden werden, eine möglichst leistungsfähige und bedürfnisgerechte Gesundheitsversorgung zu gewährleisten.

<sup>291</sup> *Dettling/Würtenberger*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 4 sprechen in diesem Zusammenhang von der „trialen Finanzierung“, so werden ein bedeutender Teil der Krankenhausmitteln entweder aus Eigenmitteln des Krankenhauses oder über Kredite finanziert; diese Kritik teilt das BVerfG nicht und hält auch solche Bestimmungen für verfassungsgemäß, die dazu führen, dass Plankrankenhäuser umfänglichen Verlustrisiken ausgesetzt sind, s. auch BVerfG Beschluss v. 8.10.2004 – 1 BvR 682/01 = GesR 2005, 73 ff.

<sup>292</sup> Ebd., insoweit auch in Rn. 13: „die nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers zu überwindende Tradition der Verlustfinanzierung durch die Krankenhäuser ist [...] rasch wieder zurückgekehrt“.

<sup>293</sup> S. *Bornheimer*, FS Görg, 2010, S. 71, 73.

die im Kontrast zu anderen OECD-Ländern steht, in denen die Fallzahlen konstant bleiben oder sogar sinken.<sup>294</sup>

Die Entgelte im Krankenhaus sind nicht Preise, welche als Resultat des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage zustande kommen, es handelt sich vielmehr um administrative Preise, welche von den Partnern verhandelt werden und dann für alle Abrechnungsfälle gegenüber den Krankenkassen gelten.<sup>295</sup> Aufgrund dieser Besonderheiten der Preisbildung, also der Standardisierung über Relativgewichte auf Basis von Durchschnittskosten und Landesbasisfallwerten als Verhandlungspreise können unabwendbare Kostensteigerungen bei den Betriebskosten nur begrenzt auf die Leistungsentgelte abgewälzt werden.<sup>296</sup> Ein weiteres Problemfeld ist das Rechnungswesen, welches nur die Kosten nach Arten und Stellen erfasst, aber nicht transparent ausweist, was der einzelne Fall kostet, was Voraussetzung wäre, um das Entgeltsystem auf den „Output“ umzustellen und über die „Preise“ pro Fall zu verhandeln.<sup>297</sup>

Damit stellt sich die Steuerung der Versorgung insgesamt als widersprüchlich dar. Die Krankenhausplanung ist staatlich gelenkt, hingegen findet jedoch auch eine marktähnliche Steuerung durch ein wettbewerbliches Vergütungssystem statt, bei dem wiederum auf einen Preiswettbewerb zugunsten eines Qualitätswettbewerbs verzichtet wurde, was praktisch zu Einheitspreisen führt, die keine Steuerungsfunktion übernehmen können.<sup>298</sup> Bei starren Festpreisen und mangelnder Investitionsförderung sind die Krankenhausträger gezwungen, im Wege interner Rationalisierung Überschüsse zu erzielen, um finanzielle Spielräume zu eröffnen.<sup>299</sup>

Auch die anhaltende Investitionsschwäche der Länder<sup>300</sup> ist kritisch zu betrachten, denn die Effektivität des stationären Sektors hängt entscheidend von der Art und Weise der Finanzierung ab. Richtigerweise kann ein Betrieb, welcher nicht frei über seine Investitionen entscheiden kann, sondern auf staatliche Zuwendungen angewiesen ist, nicht effizient arbeiten, da zwei

---

<sup>294</sup> S. Schreyögg, in: Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2017, S. 13 f.

<sup>295</sup> S. Hajen/Paetow/Schumacher, Gesundheitsökonomie, S. 183, welche darauf hinweisen, dass von Marktpreisen nur zu sprechen wäre, wenn der sog. Basisfallwert zwischen den einzelnen Krankenkassen und den Krankenhäusern frei verhandelt und nicht auf Landesebene festgelegt werden würde.

<sup>296</sup> So Blum, in: ders./Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 15.

<sup>297</sup> S. Hajen/Paetow/Schumacher, Gesundheitsökonomie, S. 183.

<sup>298</sup> S. Neubauer, in: Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2017, S. 153; wenn auch zu beachten ist, dass inzwischen eine gewisse Abhilfe durch das KHSG und die Möglichkeit der Vereinbarung von Zu- und Abschlägen geschaffen wurde.

<sup>299</sup> Ebd., wonach die Krankenhäuser eine Art indirekte Rationalisierung bestreiten, indem sie bei gleichem Personalstand mehr Patienten behandeln, wodurch es zu einem Wettbewerb um die einzelnen Fälle kommt, was die hohe Krankenhaushäufigkeit in Deutschland erklärt.

<sup>300</sup> Hierzu die Auffassung des DKG-Hauptgeschäftsführers Baum: die Politik erkenne diese Situation, stelle sich aber auf den Standpunkt, dass es keine zusätzlichen Mittel gäbe, solange zu viele Krankenhäuser am Markt seien („Kollektivhaftung“), in KH 2017, 169; in Zahlen ausgedrückt sanken die KHG-Fördermitteln allein zwischen 2000 und 2005 um etwa 700 Mio. Euro von 3,4 Mrd. Euro auf 2,7 Mrd. Euro. Der Wert im Jahre 2013 entsprach folgerichtig fast exakt dem Wert des Jahres 2005, nach Blum, in: ders./Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 11 f.

unterschiedliche Entscheidungsverfahren nebeneinander bestehen.<sup>301</sup> Folge des derzeitigen Investitionsdefizits ist, dass ein Teil der Einnahmen aus den Fallpauschalen zweckentfremdet wird.<sup>302</sup> Zudem setzen Krankenhäuser mehr Arbeitskräfte ein, als dies bei gegebenen Faktorkosten wirtschaftlich geboten erscheint, was – widersprüchlich klingend – zu der Feststellung führt, dass die Krankenhäuser im Lichte des aktuellen Finanzierungssystems effizient wirtschaften, volkswirtschaftlich aber zu viel Arbeitsleistung<sup>303</sup> und zu wenig Kapital einsetzen.<sup>304</sup> Diese Erkenntnis bedeutet, dass die Krankenhäuser zur Finanzierung der erforderlichen Investitionen eine bestimmte Rendite erwirtschaften müssten. Ein Krankenhaus, das diese Mittel nicht über die Betriebsergebnisse erwirtschaftet, muss zwangsläufig Investitionen aussetzen, so dass selbst positive Ergebnisse nicht zwangsläufig eine gute wirtschaftliche Lage signalisieren, solange der Investitionsbedarf nicht gedeckt ist.<sup>305</sup>

Auch sind die Einnahmen der Krankenhäuser künstlich durch die unterproportionalen Mittel der gesetzlichen Krankenversicherung begrenzt und den Zufällen der Grundlohnsummenveränderung ausgeliefert.<sup>306</sup> So sind die Landesbasisfallwerte durch die Grundlohnrate bzw. den Orientierungswert gedeckelt, was insbesondere auch dazu führt, dass die Krankenhäuser nicht in der Lage sind, ihre Personalkosten zu refinanzieren, da die Tarife stärker steigen als die realisierbaren Zuwächse der Landesbasisfallwerte.<sup>307</sup> Dies liegt daran, dass bei gleichbleibender Leistungsmenge der Basisfallwert eigentlich die Kosteneffekte Tarifsteigerung und Sachkostenentwicklung ausgleichen müsste, dies aber nicht leistet.<sup>308</sup>

Auch die Budgetierung erweist sich in der Realität als Problem, weil sie keinen wirklichen Kostenanreiz bietet, aber hohen Planungsaufwand erfordert. Zwar kann eine Kostenreduktion in einem Jahr zu einem entsprechenden Gewinn führen, die niedrigeren Kosten werden jedoch im darauffolgenden Jahr wahrscheinlich zu einem niedrigeren Gesamtbudget führen, so dass im Ergebnis der Effizienzgewinn bestraft wird und das Krankenhaus im darauffolgenden Jahr

---

<sup>301</sup> Hierauf hinweisend *Hajen/Paetow/Schumacher*, Gesundheitsökonomie, S. 188

<sup>302</sup> im Jahr 2014 schlossen die Krankenhäuser diese Lücke zum Teil mit eigenfinanzierten Investitionen in Höhe von etwa 1,9 Mrd. Euro, s. *Augurzyk/Pilny*, in: *Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg*, Krankenhausmanagement, S. 16.

<sup>303</sup> Weil Rationalisierungsinvestitionen nicht in vollem Umfang vorgenommen werden können und damit die Arbeitskosten höher liegen als notwendig.

<sup>304</sup> S. *Neubauer*, in: *Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem*, Krankenhaus-Report 2017, S. 160.

<sup>305</sup> S. *Blum*, in: *ders./Weigand*, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 14.

<sup>306</sup> S. *Dettling/Gerlach*, in: *dies.* Krankenhausrecht, Einl. Rn. 32; auch wenn die Grundlohnsummenveränderungsrate nach § 10 Abs. 6 KHEntG durch die spezifische Ermittlung eines Orientierungswertes ersetzt wurde, der die Kostenstrukturen besser abbilden soll, fließt erstere als Vergleichsmaßstab auch in diesen Wert mit ein und verlagert das Risiko der Kostensteigerungen auch weiterhin auf die Krankenhäuser, s. ausführlich *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach*, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 54.

<sup>307</sup> S. *Mörsch/Weid*, KH 2015, 521, für das Jahr 2015 bedeutete dies eine Unterfinanzierung des tarifbedingten Personalkostenzuwachses in Höhe von rund 2,5 Mrd. Euro.

<sup>308</sup> S. *Hornbach/Petry*, in: *Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg*, Krankenhausmanagement, S. 363.

noch wirtschaftlicher arbeiten müsste, um einen Überschuss zu erwirtschaften.<sup>309</sup>

Zudem bedürfen die Krankenhäuser, um angemessen auf Wettbewerbssituationen reagieren zu können, eines flexiblen Zugangs zu investiven Mitteln; diese Flexibilität ist im Falle der derzeitigen aufwändigen Antragsverfahren stark vermindert.<sup>310</sup> Auch ist es im derzeitigen Finanzierungssystem nicht möglich, gleichzeitig über Investitionskosten und laufende Betriebskosten zu entscheiden, so dass eine sinnvolle betriebswirtschaftliche Optimierung kaum möglich ist und zu einer Situation führen kann, in der ein Land Investitionen ablehnt, die sich langfristig durch niedrigere Betriebskosten rentieren würden und so klassische Rationalisierungsinvestitionen verhindert.<sup>311</sup>

In der Diskussion ist immer wieder eine Umstellung des Systems hin zu einer monistischen Gesamtfinanzierung zu verfolgen, bei der die Krankenkassen die Gesamtfinanzierung der Krankenhauskosten über DRGs mit Investitionskostenzuschlägen übernehmen. Die zusätzlichen Kosten der Kassen könnten über die Einzahlung zusätzlicher Steuermittel in den Gesundheitsfonds aufgefangen werden.<sup>312</sup> Bis dahin jedenfalls bleiben die aufgezeigten Probleme der sachgerechten Finanzierung der Betriebskostensteigerung und eine hinreichende Finanzierung der Investitionskosten ungelöst.

---

<sup>309</sup> Dieses Phänomen wird auch als *Kellertreppeneffekt* bezeichnet, s. hierzu *Fleßa*, Grundzüge der Krankenhausbetriebslehre I, S. 121; der Gesetzgeber versucht mit Einführung des Fixkostendegressionsabschlags (FDA) gem. §§ 4 Abs. 2b, 10 Abs. 13 KHEntG entgegenzuwirken. Die FDA sollten in ihrer Grundkonzeption zunächst dazu führen, dass Mengenausweitungen nicht mehr zu einem Verfall des Landesbasisfallwertes führen. Im Gegenzug soll aber nur das einzelne Krankenhaus die mit einer Mengensteigerung verbundenen Kostenvorteile an die Benutzer und Kostenträger weitergeben. Der FDA hat damit einen betriebswirtschaftlichen Hintergrund. Die verhandelten Mehrleistungen z.B. durch die Steigerung der Fallzahl bewirken eine Ausweitung des Erlösbudgets. Darauf basierend verteilen sich die Fixkosten eines Krankenhauses auf eine größere Anzahl an Fällen, wodurch das Krankenhaus mengenbezogene Kostenvorteile/Effizienzgewinne erzielen kann. Die Steigerung der Behandlungen bewirkt somit eine betriebswirtschaftlich bedingte Senkung der Fixkosten. Diesem positiven Skaleneffekt soll mit dem FDA entgegengewirkt werden. Insoweit soll dem FDA die Funktion einer Mengenbremse zukommen; die zu erwartenden Auswirkungen sind freilich nicht unumstritten, s. nur den Beitrag im Ärzteblatt v. 03. November 2017, abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/71259/Fixkostendegressionsabschlag-Regierungsplaene-schlagen-hohe-Wellen> (23.10.2017); der FDA ist für die Jahre 2017 und 2018 auf 35. v. H. festgelegt und in den Folgejahren von den Verbänden auf der Landesebene zu vereinbaren. Hierzu auch *Behrends*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 407 f.

<sup>310</sup> S. *Wasem/Walendzik/Thomas*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 44.

<sup>311</sup> S. *Fleßa*, Grundzüge der Krankenhausbetriebslehre I, S. 110, wonach die Abhängigkeit von der Haushaltslage in Verbindung mit der Zersplitterung der Entscheidungsfindung dazu führt, dass der jeweils zugängliche Topf geplündert wird und die Entscheidung für ein Investitionsgut nicht auf Grund des Gesamtkostenminimums erfolge, sondern aufgrund der jeweiligen Verhandlungsposition, womit die Investitionsentscheidung nicht mehr getroffen werden, wenn sie wirtschaftlich sinnvoll sei, sondern wenn diese überhaupt möglich ist, weil Fördervolumen vorhanden sei. Eine langfristige Planung sei damit ausgeschlossen.

<sup>312</sup> Hierzu *Wasem/Walendzik/Thomas*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 43.

#### IV. Schlussfolgerungen für die Insolvenz eines Krankenhausträgers

Schon aus allgemeinen betriebswirtschaftlichen Gedanken ergibt sich die Erkenntnis, dass ein Unternehmen, welches dauerhaft einer unzureichenden finanziellen Ausstattung unterliegt, nicht wirtschaftlich leistungsfähig sein kann.

Es hat sich gezeigt, dass die Finanzierungsstruktur anders ist als diejenige von Unternehmen sonstiger entgeltregulierter Daseinsvorsorgebereiche und anderer nicht regulierter Wirtschaftsbereiche. So unterliegt das Entgeltrecht im Bereich der Daseinsvorsorge einer Gestaltung, in der die Unternehmen Einnahmen durch ein Entgelt für ihre Leistungen erhalten, welches für ein durchschnittliches Unternehmen erforderlich ist, um die betriebsnotwendigen Kosten einschließlich eines angemessenen Gewinns zu decken.<sup>313</sup>

Die gesetzliche Krankenhausfinanzierung hingegen speist sich aus zwei Quellen, einerseits öffentlichen Fördermitteln und andererseits entsprechend reduzierten, im Wege der Selbstverwaltung regulierten Entgelten für die stationären Leistungen zur Deckung der Betriebskosten, faktisch jedoch aus drei Quellen, wenn man die Querfinanzierung durch den jeweiligen Träger mit einbezieht.<sup>314</sup> Dabei ist dem Krankenhausfinanzierungsrecht ein kalkulatorischer Gewinnzuschlag fremd.<sup>315</sup> Nicht zuletzt führt auch die Struktur der gesetzlichen Krankenversicherung dazu, dass sich die Beiträge nicht an dem Bedarf orientieren, sondern sich nach dem beitragspflichtigen Einkommen der Mitglieder richten. Es ist damit eine Reglementierung auf Einnahmenseite zu konstatieren, die mit dem Umstand, dass die Kosten der Krankenhäuser – sei es durch Tariflohnsteigerungen oder steigende Sachkosten – stärker steigen als die typisierten Erlöse, zu einer nicht zu vernachlässigenden Konzeption der Insolvenzgeneigtheit führt.<sup>316</sup> Die verhandelten Budgets reichen bei einer Vielzahl der Krankenhäuser damit nicht aus, um positive Deckungsbeiträge im operativen Geschäft zu erzielen, mit denen die dargestellte Investitionslücke geschlossen werden könnte. Weiterhin führen auch der Grundsatz der Prospektivität sowie der Grundsatz der Beitragssatzstabilität zu einer ungleichmäßigen Verteilung von Chancen und Risiken im Krankenhausfinanzierungsrecht.

Diese Gemengelage bewirkt, dass eine Vielzahl von Plankrankenhäusern Verluste erwirtschaftet, obwohl sie für die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung im Krankheitsfall von Bedeutung sind.<sup>317</sup> Zudem funktionieren die klassischen strategischen Ansätze aus der Betriebswirtschaftslehre, wie z.B. die Kostenführerschaft oder die Produktdifferenzierung, lediglich sehr

---

<sup>313</sup> Hierzu *Detting/Würtenberger*, in: *Detting/Gerlach*, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 2.

<sup>314</sup> S. auch ebd. Rn. 3, „faktisch sind die Plankrankenhäuser [...] gezwungen, betriebsnotwendige Kosten selbst zu tragen“.

<sup>315</sup> BVerwG, Urteil v. 7.7.2005 – 3 C 23/04, juris Rn. 10 und 33 ff.; hierzu auch ebd.

<sup>316</sup> S. auch *Bornheimer*, FS Görg, S. 71, 73.

<sup>317</sup> *Detting/Gerlach* sprechen insoweit auch davon, dass die dem System der gesetzlichen Krankenversicherung zufließenden Mittel künstlich verknappt sind und nicht die finanziellen Verhältnisse der Bevölkerung insgesamt widerspiegeln. Dieser Analyse ist jedenfalls zuzubilligen, dass die Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung seit über dreißig Jahren relativ konstant bei 6 % des Bruttoinlandsproduktes liegen und die Ausgaben für die Krankenhausbehandlung stabil bei etwa 2 %, s. *dies.*, Krankenhausrecht, Einl. Rn. 15 ff.

bedingt.<sup>318</sup> Andererseits trägt das derzeitige System die Erwartung mit sich – bedingt durch jährlich zu verhandelnde Budgets, den zunehmenden Wettbewerb durch den Rückgang der stationären Verweildauer, sowie die gesetzliche Deckelung der stationären Erlöse – dass sich die Krankenhäuser als Wirtschaftsunternehmen begreifen und dementsprechend zu leiten sind.<sup>319</sup>

In diesem Kontext gilt es sich zu vergewissern, dass die Gesundheit des Menschen zu den bedeutendsten Lebensgütern gehört und deren Schutz eine der wichtigsten öffentlichen Aufgaben ist.<sup>320</sup> Anders als normale Wirtschaftsteilnehmer können Krankenhäuser, jedenfalls solche die für die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung unerlässlich sind, nicht ohne Auswirkungen vom Markt genommen werden. Ebenso aber ist zu konstatieren, dass medizinische Qualität am Ergebnis auszurichten und damit zugleich eine Allokationsentscheidung ist, so dass die endlichen Mittel primär in „gesunde“ Unternehmen zu investieren sind, als in ein Krankenhaus, welches eben nur durch staatliche Mittel am Markt gehalten wird, wirtschaftlich jedoch unrentabel arbeitet und mithin aus der zur Verfügung gestellten Geldmenge nicht das Maximum herausholen kann.

Gerade für Krankenhäuser in der Vorkrisensituation bedeuten die komplizierten Rahmenbedingungen zusätzliche Hindernisse und die Veränderung in diesem Marktumfeld durch Anpassung bspw. der Personalentwicklung, des Kosten- und Qualitätsmanagements, die Einführung von Spezialisierungen und Kooperationen, sind aufwendig und nur bedingt mit der Situation von Unternehmen anderer Branchen zu vergleichen.<sup>321</sup>

## E. Zusammenfassung

Der erste Teil der Untersuchung hat gezeigt, dass das Krankenhauswesen in Deutschland durch eine hohe Regulierungsintensität sowie durch eine staatliche Finanzierung der Investitionskosten geprägt ist. Es wurde gezeigt, dass die Krankenhäuser zwar untereinander im Wettbewerb stehen, wesentliche Nachfrageelemente wie die Markttransparenz, der offene Marktzutritt für Anbieter und eine dezentrale wettbewerbliche Preissteuerung fehlen.

Die Krankenhausversorgung hat, maßgeblich durch die Einführung der DRGs sowie durch regelmäßige gesundheitspolitische Interventionen mit weitreichenden finanziellen Folgen, in den letzten 15 Jahren einen tiefgreifenden Strukturwechsel erfahren: zwar wurden die Leistungs- und Kostentransparenz sowie die Wirtschaftlichkeit der Krankenhäuser erhöht, einhergehend in

---

<sup>318</sup> Eine umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht liefern Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Kaiser, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre.

<sup>319</sup> S. Conrad, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 387.

<sup>320</sup> S. ebd. Rn. 38.

<sup>321</sup> Einige Leitlinien sind zu finden bei Bönsch, Sanierung und Privatisierung von Krankenhäusern; weiterführend s. Lorenz, Gestaltungsempfehlungen bei der Kosten- und Leistungsoptimierung in deutschen Krankenhäusern.

bedeutendem Maße aber mit der Steigerung des wirtschaftlichen Drucks auf den einzelnen Träger.<sup>322</sup>

Verstärkt wird die komplizierte Gemengelage durch die Kompetenzverteilung. So müssen die Länder die stationäre Versorgung gewährleisten, aber der Bund entscheidet durch das SGB V über die Leistungen und durch das KHG über den Rahmen für die Entgelte, welche von den Krankenkassen finanziert werden und entscheidend für die finanzielle Situation der Krankenhäuser sind.

Der Blick auf die Rahmenbedingungen des Krankenhausrechts und insbesondere des Krankenhausfinanzierungsrechts haben somit aufgezeigt, dass die Mittel, mit denen das Ziel der sozial tragbaren Pflegesätze zu erreichen gedenkt wird, so gestaltet sind, dass diese in einen Konflikt mit den Zielen der leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäuser und deren wirtschaftlicher Sicherung und damit der Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung stehen können.<sup>323</sup>

Insbesondere die ökonomische Kritik am Finanzierungssystem macht deutlich, dass diesem – trotz der Bedeutung der Krankenhäuser – eine latente Insolvenzgeneigtheit nicht abzusprechen ist. Diese erste Erkenntnis gilt es für die Behandlung des Krankenhausträgers in der Krise im Hinterkopf zu behalten. Es gilt mithin, Krisenmechanismen des Insolvenzrechts auf der einen und Vorgaben der Krankenhausversorgung auf der anderen vor dem Hintergrund eines komplizierten, marktwirtschaftliche Mechanismen überlagernden Systems der Krankenhausplanung und -finanzierung in Einklang zu bringen. Es besteht dabei die Gefahr, dass das Insolvenzrecht als „marktwirtschaftliches Element“ keine passenden Antworten auf sozialstaatliche Erfordernisse bereithält und auch nicht bereithalten kann. Dieser mögliche Gegensatz soll im zweiten Teil beleuchtet und einer Lösung zugeführt werden.

---

<sup>322</sup> Weiterführend *Blum*, in: ders./Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 2, gemeint ist insbesondere die Tarifschere, also den im Vergleich zum Anstieg der Landesbasisfallwerte überproportionalen Anstieg der Tariflöhne im Krankenhaus.

<sup>323</sup> So ausdrücklich, *Dettling/Würtenberger*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 57.

## **Die Krankenhausinsolvenz im Spannungsfeld zwischen autonomer Gläubigerentscheidung und staatlicher Sicherstellungsverantwortung**

Sowohl § 1 InsO als auch § 1 KHG stellen Programmsätze auf, deren Wortlaut bereits einen Konflikt erahnen lässt. Gem. § 1 S. 1 InsO dient das Insolvenzverfahren der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung, welche auf verschiedenen Wegen erreichbar erscheint.<sup>324</sup> Dagegen beschreibt § 1 S. 1 KHG den Zweck des Gesetzes in der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser, um eine bedarfsgerechte Versorgung zu gewährleisten. Das Insolvenzrecht kennt aber nach kursorischer Gesetzeslektüre keine bedarfsgerechten Krankenhäuser, sondern – neben anderen Verfahrensbeteiligten – den Insolvenzschuldner als eine natürliche Person oder als einen Rechtsträger, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Hieraus ergibt sich ein Spannungsfeld verschiedener Regelungsanliegen, dessen Konturierung Aufgabe der folgenden Ausführungen sein soll.

### **A. Insolvenzrechtliche Varia<sup>325</sup>**

Einer eingehenden Betrachtung des Insolvenzrechts vorgelagert ist eine kurze Skizzierung sowohl der Insolvenzrechtsfähigkeit der verschiedenen Krankenhausträger als auch der zentralen insolvenzrechtlichen Grundsätze.

#### **I. Insolvenzrechtsfähigkeit**

Der Begriff der Insolvenzrechtsfähigkeit umschreibt allgemein die Fähigkeit eines Rechtssubjekts als Schuldner an einem Insolvenzverfahren beteiligt zu sein; die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ohne einen insolvenzrechtsfähigen Schuldner ist unzulässig.<sup>326</sup>

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 InsO kann ein Insolvenzverfahren über das Vermögen jeder natürlichen oder juristischen Person, gem. Abs. 2 auch über das Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (Nr. 1) sowie über bestimmte Sondervermögen (Nr. 2) eröffnet werden.

Ist das Krankenhaus in der Trägerschaft einer GmbH, als Aktiengesellschaft oder als Verein organisiert, so ergibt sich die Insolvenzrechtsfähigkeit unmittelbar aus Abs. 1. Handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft, so sind diese nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO insolvenzrechtsfähig.

---

<sup>324</sup> Einerseits durch Liquidation des schuldnerischen Vermögens, andererseits durch Sanierung oder im Wege der sog. übertragenden Sanierung, vgl. hierzu etwa FK-InsO/Schmerbach, § 1 Rn. 12.

<sup>325</sup> Die Darstellung geht vom bereits eröffneten Verfahren aus; eine Darstellung über den typischen Ablauf eines Insolvenzverfahrens findet sich bei Bork in: *ders./Hölzle*, Hdb. InsO, Kap. 1 Rn. 4; die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt insoweit zu einer bedeutenden Zäsur, als die in diesem Moment vorhandenen Forderungen aus dem in diesem Moment noch vorhandenen Schuldnervermögen befriedigt werden sollen.

<sup>326</sup> S. K. Schmidt, InsO, § 11 Rn. 3.



### **1. Insolvenzrechtsunfähigkeit von Gebietskörperschaften nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO**

Die InsO bestimmt in § 12 Abs. 1 Nr. 1, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bundes oder der Länder unzulässig ist und erklärt damit die staatlichen Ebenen Bund und Länder für insolvenzunfähig. Diese Anordnung dient der Erhaltung der Funktionstüchtigkeit staatlicher Einrichtungen.<sup>327</sup>

### **2. Insolvenzrechts(un-)fähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO**

Gem. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO können landesrechtliche Bestimmungen vorsehen, dass ein Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht eines Landes untersteht, nicht stattfindet.

Von dieser Möglichkeit haben alle Bundesländer, die über Kommunen verfügen, Gebrauch gemacht.<sup>328</sup> Somit unterliegen Gemeinden und Gemeindeverbände nicht dem Insolvenzverfahren. Damit sind auch die kommunalen Regie- und Eigenbetriebe als vermögens- und haftungsrechtlicher Teil der Kommune insolvenzrechtsunfähig.<sup>329</sup> Ferner haben sämtliche Bundesländer generalklauselartig die Insolvenzrechtsfähigkeit der Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts ausgeschlossen.<sup>330</sup> Vor diesem Hintergrund sind damit auch solche Krankenhäuser, die entweder als Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts organisiert sind, nicht insolvenzrechtsfähig.

Hierbei handelt es sich um eine verfassungskonforme Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums, da die grundsätzlich nach Art. 14 GG geschützten Ansprüche der Gläubiger bei Fehlen eines Insolvenzverfahrens nicht erlöschen, sondern lediglich während der Zahlungsunfähigkeit nicht durchsetzbar sind.<sup>331</sup>

### **3. Insolvenzrechtsfähigkeit von Eigengesellschaften**

Juristische Personen des Privatrechts – z.B. eine GmbH – deren (Allein-)Gesellschafter die öffentliche Hand ist, sind demgegenüber uneingeschränkt

---

<sup>327</sup> Hierzu *Mönning*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 12 Rn 10: „Die verfassungsmäßigen Organe haben dafür Sorge zu tragen, dass die Tilgung ihrer Verbindlichkeiten sichergestellt ist. Dafür steht ein breites Spektrum gesetzlicher Möglichkeiten zur Verfügung, wie die Festsetzung des Steueraufkommens, der Geldpolitik und der Kürzung von Leistungen, beispielsweise an Staatsbedienstete. Die verfassungsmäßigen Organe können ihre Kompetenzen nicht mit Insolvenzgläubigern oder Amtswaltern teilen“; kritisch das Bild eines sich übernehmenden Staates zeichnend *Paulus*, KTS 2013, 155, 156 ff. sowie mit dem richtigen wie leider zu oft vernachlässigten Hinweis darauf, dass die Verschuldung von Staaten schlicht nicht mehr ist als die Anschaffung von Luxus zum Zwecke der Wiederwahl auf Kosten der – ungefragten – künftigen Generation; zu der Idee eines Insolvenzverfahrens für Staaten s. *Müller*, KTS 2013, 263 ff.

<sup>328</sup> Vgl. statt vieler *MüKoInsO/Ott/Vuia*, § 12 Rn. 15.

<sup>329</sup> Hierzu *Mönning*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 12 Rn. 15.

<sup>330</sup> Überblick bei ebd., § 12 Rn. 22 ff.; s. auch *MüKoInsO/Ott/Vuia*, § 12 Rn. 23.

<sup>331</sup> Zur Diskussion m.w.N. s. *Korioth/Müller*, VerwArch 107 (2016), 380, 381.

insolvenzrechtsfähig.<sup>332</sup> Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO, denn wenn schon juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich insolvenzfähig sind, dann muss dies erst recht für staatliche Eigengesellschaften gelten.<sup>333</sup>

#### 4. Insolvenzfähigkeit freigemeinnütziger Träger

Ob freigemeinnützige Krankenhäuser insolvenzrechtsfähig sind, hängt maßgeblich davon ab, wie der Rechtsträger verfasst ist. Soweit die von dem Träger betriebenen Krankenhäuser als Personen- oder Kapitalgesellschaft organisiert sind<sup>334</sup>, sind diese uneingeschränkt insolvenzrechtsfähig. Dasselbe gilt für als eingetragene Vereine und als Stiftung des bürgerlichen Rechts verfasste Krankenhäuser.<sup>335</sup>

Insolvenzrechtsunfähig sind hingegen Kirchen und kirchliche Organisationen, soweit diese als Körperschaften des öffentlichen Rechts ausgestaltet sind.<sup>336</sup> Über das Vermögen der Kirchen und kirchlichen Organisationen ist wegen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Autonomie das Insolvenzverfahren nicht zulässig.<sup>337</sup>

#### 5. Bedeutung für die nachfolgende Untersuchung

Festzuhalten ist, dass die Trägerschaft nichts über die Rechtsform aussagt, in der das Krankenhaus betrieben wird. Für die Frage der Insolvenzfähigkeit kommt es hingegen zentral auf die Organisationsform an.

Für die nachfolgende Untersuchung bedeutet dies, dass insbesondere Krankenhäuser in der Rechtsform der GmbH oder AG insolvenzrechtsfähig sind und im Mittelpunkt der juristischen Auseinandersetzung mit den Besonderheiten der Krankenhausinsolvenz stehen. Soweit sich Abweichungen in Bezug darauf ergeben, dass es sich um eine kommunale Krankenhausesellschaft handelt, in der eine Kommune alle oder jedenfalls die Mehrheit der Anteile hält, wird hierauf gesondert eingegangen. Kommunale Eigen- und Regiebetriebe sowie als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfasste Krankenhäuser<sup>338</sup> sind aufgrund landesrechtlicher Anordnungen i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO insolvenzrechtsunfähig und bleiben damit für die folgende Untersuchung außer Betracht. Nicht erfolgen soll eine dezidierte Auseinandersetzung mit den Eigenheiten der Insolvenz eines eingetragenen Vereins oder einer Stiftung des bürgerlichen Rechts.<sup>339</sup>

---

<sup>332</sup> Statt vieler Graf-Schliecker/*Ketzel*, InsO, § 12 Rn. 4.

<sup>333</sup> So auch m.w.N. *Bornheimer*, FS Görg, 71, 74; nichts anderes ergibt sich auch aus verfassungsrechtlichen Wertungen, da es sich bei dem Bestandschutz des Art. 20 Abs. 1 GG von Einrichtungen der Daseinsvorsorge lediglich um eine institutionelle Garantie handelt, nicht aber um eine individuelle Garantie im Sinne eines „status-quo“, s. hierzu für das Recht der Energieversorger *Beckermann*, Der Grundversorger in der Insolvenz, S. 82 f.

<sup>334</sup> So etwa die *Johanniter GmbH*.

<sup>335</sup> S. Uhlenbruck/*Pape*, InsO, § 11 Rn. 219, 226.

<sup>336</sup> Allgemein K. Schmidt/*Gundlach*, InsO, § 12 Rn. 9.

<sup>337</sup> S. MüKoInsO/*Ott/Vuia*, § 12 Rn. 11.

<sup>338</sup> Z.B. das *Klinikum Augsburg AdöR*.

<sup>339</sup> Vgl. hierzu weiterführend bspw. *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli*, Stiftungsrecht, § 86 BGB Rn. 37; *Werner/Saenger/Fritsche*, Stiftungsrecht, Kap XIX.

Einen Sonderfall bilden die bisher nicht angesprochenen Hochschulkliniken, bezüglich deren Organisation und Art der Aufgabenerfüllung die jeweiligen landesrechtlichen Hochschulgesetze gelten. Regelmäßig werden Hochschulkliniken als rechtlich unselbstständige Einheit der jeweiligen Trägeruniversität betrieben, bei der es sich in aller Regel um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt.<sup>340</sup> Insoweit sind auch die Hochschulkliniken nicht insolvenzrechtsfähig.<sup>341</sup>

## II. Insolvenzrechtliche Verfahrensgrundsätze

Neben allgemeinen verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensprinzipien und -grundsätzen, wie dem Rechtsstaatsprinzip als zentrale verfassungsrechtliche Grundlage, die Garantie des gesetzlichen Richters, der Gewährung rechtlichen Gehörs oder des Willkürverbots existieren spezielle insolvenzrechtliche Verfahrensgrundsätze.<sup>342</sup>

Durch die Herausarbeitung von Verfahrensgrundsätzen kann eine Diskussion über konkrete einzelne Fragen erleichtert werden, weil sie den allgemeinen Aufbau einer Verfahrensordnung und die dahinterstehenden Gerechtigkeitsmaßstäbe des Gesetzgebers erkennen lassen.<sup>343</sup>

### 1. Gleichmäßige Gläubigerbefriedigung

Die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung - oder auch der Grundsatz des *par conditio creditorum* - ist primärer Zweck des Insolvenzverfahrens und damit oberster Verfahrensgrundsatz.<sup>344</sup> Durch das Element der gemeinschaftlichen Befriedigung unterscheidet sich das Insolvenzverfahren zudem von der Einzelzwangsvollstreckung. Die Gleichbehandlung bedeutet hingegen nicht formale Rechtsgleichheit, so kennt die Insolvenzordnung verschiedene Gläubigergruppen.<sup>345</sup> Diese Differenzierung dient letztlich gerade dazu, eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung zu erreichen und zwar unter dem Gesichtspunkt der gerechten Verteilung, indem nicht alle Gläubiger per se gleichbehandelt werden, sondern nur solche, die derselben Gläubigergruppe angehören.<sup>346</sup> So sieht die Insolvenzordnung eine Sonderbehandlung von Massegläubigern sowie von denjenigen Gläubigern vor, die Aussonderungs- und absonderungsbe-rechtigt sind.

Ist das Schuldnervermögen nicht ausreichend für die Befriedigung aller Gläubiger, sind diese gemeinsam und damit gleichmäßig und anteilig zu

---

<sup>340</sup> S. Augsten/Bartmuß/Rehbein/Sausmekat, Besteuerung im Krankenhaus, S. 20.

<sup>341</sup> Anders z.B. in den Sonderfällen des Universitätsklinikums Mannheim (formelle Privatisierung, GmbH) und des Universitätsklinikums Gießen-Marburg, welches eine Konzern-tochter der Rhön-Klinikum AG ist (5 % der Anteile hält dabei das Land Hessen); diese sind aufgrund der gewählten Organisationsform insolvenzrechtsfähig.

<sup>342</sup> Einführend KPB/Prütting, InsO, § 5 Rn. 60 ff.

<sup>343</sup> H. Prütting/Mönning, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 2 Rn. 1.

<sup>344</sup> MüKoInsO/Stürner, Einl. Rn. 62; aus rechtsdogmatischer Sicht instruktiv v. Gleichstein, NZI 2015, 49 ff.; zuletzt auch Hoffmann, KTS 2017, 17, 47, wonach der Gleichbehandlungsgrundsatz ein materiell-rechtlicher Verteilungsgrundsatz sei, der einschlägig sei, wenn sich keine privatrechtlichen Gründe für eine Privilegierung finden lassen.

<sup>345</sup> Im Überblick KPB/H. Prütting, InsO, § 5 Rn. 64.

<sup>346</sup> So auch Foerste, Insolvenzrecht, Rn. 10.

befriedigen, d.h. ihre Forderungen werden nur zu einem bestimmten Prozentsatz erfüllt.

## **2. Universalitätsgrundsatz**

Der Universalitätsgrundsatz<sup>347</sup> drückt aus, dass alle Gläubiger ohne Rücksicht auf Vorrechte und Privilegien am Insolvenzverfahren teilnehmen und ist damit logische Folge der *par conditio creditorum*.<sup>348</sup> Die Insolvenzordnung verwirklicht diesen Grundsatz, indem sie in weitgehendem Maße die Insolvenzgläubiger, sowie die nachrangigen Insolvenzgläubiger und die absonderungsberechtigten Gläubiger in das Verfahren mit einbezieht.<sup>349</sup>

## **3. Grundsatz der Gläubigerautonomie**

Zur Verstärkung der Verteilungsgerechtigkeit sowie zur verbesserten Möglichkeit der Sanierung von Unternehmen soll der Ablauf des Insolvenzverfahrens weitgehend der Gläubigerautonomie unterliegen.<sup>350</sup>

Zentrales Mittel zur autonomen Abwicklung von Insolvenzen ist die Aufstellung eines Insolvenzplans, welcher den wirtschaftlichen Gegebenheiten im Einzelfall gerecht werden und die besonderen Gläubigervorstellungen verwirklichen kann.<sup>351</sup> Weitere Ausprägungen sind die Mitwirkungs- und Mitspracherechte der Gläubiger im Rahmen der Gläubigerversammlung, §§ 74 ff. InsO und des Gläubigerausschusses, §§ 67 ff InsO.

## **4. Geldliquidation**

Der Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung fordert eine Abweichung vom im Recht der Einzelzwangsvollstreckung geltenden Grundsatzes der Naturalvollstreckung. Auch hier ergibt sich ein Zusammenhang zum Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, denn nur der Geldwert erlaubt eine Vergleichbarkeit sowie eine proportionale Kürzung.<sup>352</sup>

### **B. Wirtschaftliche Determination des Insolvenzrechts - Grundgedanken einer Analyse des Insolvenzrechts unter Berücksichtigung rechtsökonomischer Aspekte<sup>353</sup>**

Das Insolvenzrecht ist in hohem Maße sowohl von makroökonomischen als auch von betriebswirtschaftlichen Vorgaben geleitet.<sup>354</sup> Marktwirtschaftliche Aufgabe des Insolvenzverfahrens ist es, die in dem Insolvenzunternehmen

---

<sup>347</sup> Zu den verschiedenen Bedeutungen im nationalen und internationalen Insolvenzrecht s. KPB/H. Prütting, InsO, § 5 Rn. 70.

<sup>348</sup> S. MüKoInsO/Stürner, Einl. Rn. 64.

<sup>349</sup> Ebd.

<sup>350</sup> S. KPB/H. Prütting, InsO, Einl. Rn. 62.

<sup>351</sup> Zum Institut des Insolvenzplans vgl. einführend Illy, in: Thierhoff/Müller/ders./Liebscher, Unternehmenssanierung, Kap. 9 Rn. 67.

<sup>352</sup> S. MüKoInsO/Stürner, Einl. Rn. 65.

<sup>353</sup> Zum damaligen Konkurs- und Vergleichsrecht vgl. bereits Schmidt, ökonomische Analyse des Insolvenzrechts.

<sup>354</sup> K. Schmidt, InsO, Einl. Rn. 34.

gebundenen Ressourcen der wirtschaftlich produktivsten Verwendung für die Gläubiger zuzuführen.<sup>355</sup> Ökonomische Analysen des Insolvenzrechts weisen darauf hin, dass die Regelungseffizienz des Insolvenzrechts in bedeutendem Maße von der zutreffenden Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte abhängt.<sup>356</sup>

Nachfolgend soll nun im Detail skizziert werden, welche Regelungsanliegen der Gesetzgeber mit der Insolvenzordnung verfolgt, bevor sich der Frage zugewendet werden kann, welche rechtlichen und rechtstatsächlichen Probleme sich hieraus in Bezug auf die flächendeckende Krankenhausversorgung ergeben können.

## I. Die ökonomische Theorie des Rechts<sup>357</sup>

Durch die ökonomische Theorie des Rechts werden wirtschaftswissenschaftliche Instrumentarien auf rechtliche Fragestellungen angewandt und Wahlentscheidungen von Akteuren untersucht, welche diese unter Kosten-Nutzen-Aspekten treffen.<sup>358</sup> Der Umgang mit den Wissenschaften abseits des Rechts dient dazu, die Rechtswissenschaft nicht nur aus sich heraus zu betrachten, sondern diese als eine, in einem Gesamtkontext aktiv und effektiv wirkende Institutionen, zu verstehen.<sup>359</sup>

Die ökonomische Analyse des Rechts ist aus der Theorie der Wohlfahrtsökonomie hervorgegangen und beschäftigt sich mit den tatsächlichen Folgen, die durch Rechtsnormen und gerichtliche Entscheidungen ausgelöst werden, bewertet diese mit Hilfe des Kriteriums der ökonomischen Effizienz und leistet Vorschläge zur Effizienzsteigerung durch Rechtsgestaltung.<sup>360</sup> Ebenso erweitert die ökonomische Analyse des Rechts die klassischen Auslegungsmethoden, also die Wortlautinterpretation, die systematische, teleologische und historische Auslegung, indem mit ihr untersucht wird, wie – ausgehend vom Ergebnis – eine Norm zu interpretieren sowie zu gestalten ist, um eine optimale

---

<sup>355</sup> MüKoInsO/Haarmeyer, § 22 Rn. 85.

<sup>356</sup> Hierzu Häsemeyer, Rn. 5.00.

<sup>357</sup> Für einführende mikroökonomische Grundlagen wird verwiesen auf die Darstellung in *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, S. 35 ff. sowie *Cooter/Ulen*, Law & Economics, S. 14 ff; ferner umfangreich *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts; zu dem Aspekt philosophischer Grundlagen sei verwiesen auf *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?.

<sup>358</sup> Der Begriff geht auf *Kirchner* zurück: *ders.*, Ökonomische Theorie des Rechts; gebräuchlich ist auch der Begriff der ökonomischen Analyse des Rechts, s. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts.

<sup>359</sup> Ähnlich *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, S. 2 f, welche den Wert interdisziplinärer Erkenntnisse darin sieht, dass diese zu einer Schärfung des genuin normativen Profils der Rechtswissenschaften und zu einer Besinnung auf ihre Grundlagen und Stärken führen können. Diese Entwicklung, so *Hacker*, trägt dem gewandelten Verständnis der Rechtswissenschaften Rechnung, weg von rein hermeneutischer Textexegese hin zu einem Abgleich des Rechts mit den Realfolgen; vgl. ferner zu der Entwicklung der ökonomischen Theorie des Rechts *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, S. 19 ff.

<sup>360</sup> Hierzu bereits *Ott/Schäfer*, ZIP 1986, 613, 618; allgemein zur ökonomischen Analyse des Rechts *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts; anschaulich auch *Faber*, ökonomische Analyse der ärztlichen Aufklärungspflicht, S. 63 ff.; ferner *Lange*, Treu und Glauben und Effizienz, S. 24 ff.

Güterallokation zu erreichen.<sup>361</sup> Eine optimale Güterallokation bedeutet, mit den knappen Mitteln, die einer Gesellschaft zur Verfügung stehen, ein möglichst hohes Maß an Bedürfnisbefriedigung i.S.e. gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtssteigerung zu erreichen.<sup>362</sup> Insbesondere soll die Effizienz der Mittelverwendung gefördert und einer Verschwendung, also ineffiziente Nutzung eben dieser Ressourcen vorgebeugt werden.<sup>363</sup> Die menschliche Handlung kann dabei als Entscheidung zwischen verschiedenen Handlungsalternativen des Einsatzes – der *Allokation* – und der Verteilung – der *Distribution* – von Ressourcen beschrieben werden, da jeder gewählte Ressourceneinsatz eine Entscheidung für die entsprechende Handlung und gegen einen alternativen Ressourceneinsatz ist.<sup>364</sup>

Eine Gesellschaft in ihrer Gesamtheit betrachtet handelt dann effizient, wenn sie bei gegebener Vermögensverteilung einen Zustand herbeizuführen vermag, bei dem niemand mehr bessergestellt werden kann, ohne dass ein anderer schlechter gestellt wird, wenn also die Ressourcen am Ort ihrer sozial nützlichsten Verwendung eingesetzt werden.<sup>365</sup> Hieraus lassen sich auch Markteingriffe legitimieren, wenn deren Mechanismen bei der Bereitstellung öffentlicher Güter kein gesamtgesellschaftlich effizientes Ergebnis herbeiführen können.<sup>366</sup> Hierbei kann die ökonomische Analyse nicht für sich alleine stehend betrachtet werden, sondern ist vielmehr Teil einer Gesamtbetrachtung des Rechts.<sup>367</sup>

Nach Klöhn<sup>368</sup> erfüllt die Ökonomik im Rahmen von Rechtsfragen vor allem drei Funktionen: eine Vereinfachungs-, eine Verdeutlichungs- und eine Vertiefungsfunktion. Hacker<sup>369</sup> beschreibt dabei die Problematik interdisziplinären Arbeitens zutreffend damit, sich nicht nur das notwendige Wissen anzueignen, sondern auch „aus der unüberschaubaren Menge potentiell relevanter

---

<sup>361</sup> Taupitz spricht in diesem Kontext von der deskriptiven Funktion einer Realitätskontrolle des geltenden oder zu schaffenden Rechts, indem die ökonomische Analyse des Rechts hinterfragt, ob das Recht die Ziele mit den gewählten Mitteln erreicht und ob es nicht mit anderen Mitteln kostengünstiger zum selben Ziel gelangen kann, s. Taupitz, ACP 196 (1996), 114, 136; ferner Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 78 („Effizienz als Entscheidungskriterium“).

<sup>362</sup> S. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. XXXIII.

<sup>363</sup> Ebd.

<sup>364</sup> Vgl. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, S. 21 f.

<sup>365</sup> M.w.N. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. XL; damit meint der Begriff *Effizienz* i.S.d. Wohlfahrtsökonomik nicht nur, ein beliebiges Ziel unter bestmöglicher Zweck-Mittel-Relation zu erreichen, sondern Effizienz ist selbst zu verstehen als das zu erreichende Ziel, da es soziale Gesamtzustände beschreibt, bei denen sämtlicher, damit auch nichtmonetärer Nutzen erfasst wird, hierzu Janson, Ökonomische Theorie im Recht, S. 89; vgl. ferner auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 56.

<sup>366</sup> Hier sei insbesondere auf die Regelungsanliegen des Sozialrechts verwiesen, wobei ein effizienter Ressourceneinsatz gerade zu einer gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtssteigerung führt; ferner m.w.N. Rieger, Kammern in der Insolvenz, S. 328.

<sup>367</sup> So auch Taupitz, ACP 196 (1996), 114, 128: Verzicht auf einen „Alleinbewertungsanspruch“; zu dem Zielkonflikt in Bezug auf die verschiedenen konzeptionellen Ansätze im Vergleich zur Rechtswissenschaft vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 8.

<sup>368</sup> Klöhn, ACP 216 (2016), 281, 283.

<sup>369</sup> Ders., Verhaltensökonomik und Normativität, S. 20.

Theorien diejenigen auszuwählen, die für das zu behandelnde Problem operationalisierbar und repräsentativ sind“.

In der nachfolgenden Übersicht zur Ökonomie der Insolvenzordnung soll, abseits aller Kritik<sup>370</sup> und Kritik an der Kritik<sup>371</sup> im Rahmen der, der ökonomischen Analyse des Rechts zukommenden Bedeutung<sup>372</sup> von der Grundüberlegung ausgegangen werden, dass es sich bei *zivilrechtlichen* Normen in erster Linie um solche des Effizienzrechts handelt.<sup>373</sup> Diese Normen setzen die rechtlichen Rahmenbedingungen, die eine wirtschaftliche Kooperation gemäß dem marktwirtschaftlichen Leistungsprinzip ermöglichen.<sup>374</sup> So verstanden ermöglicht dieser Regelungskomplex es den Individuen, am Kooperationsprozess im Rahmen marktwirtschaftlicher Strukturen teilzunehmen und die knappen Mittel gemäß ihren Bedürfnissen und Fähigkeiten zu ihrem gegenseitigen Nutzen einzusetzen.<sup>375</sup> Die Verteilung i.S.e *Distribution* von Gütern erfolgt hierbei also in erster Linie über Marktstrukturen und ist individuell durch die Bedürfnisse des Einzelnen gelenkt, ohne dass Umverteilungsziele mithilfe staatlicher Eingriffe versucht werden.<sup>376</sup>

## II. Ökonomische Betrachtungen der Insolvenzordnung

Den Blick von den allgemeinen Grundsätzen der ökonomischen Analyse des Rechts abwendend, hin zu den Spezifika der Insolvenzordnung, ergibt, dass der ökonomischen Analyse im Insolvenzrecht verschiedenste Fragen unterliegen, etwa der Einfluss von Insolvenzen auf den Wettbewerb und die Marktmechanismen<sup>377</sup>, die Bedeutung der Sicherheiten in der Insolvenz<sup>378</sup> oder der Gläubigerschutz<sup>379, 380</sup>. Untersuchen lässt sich auch das Verhalten der Stakeholder im Vorfeld der Insolvenz, welche zuvorderst durch einen Leistungsabfall der Unternehmung konkretisiert wird. *Hirschman*<sup>381</sup> hat in diesem Kontext das

---

<sup>370</sup> Statt vieler vgl. den frühen Beitrag von *Fezer*, JZ 1986, 817.

<sup>371</sup> etwa *Flessner*, Sanierung und Reorganisation, S. 192, welcher darauf hinweist, dass die Wirtschaftswissenschaft nur wenig Aussagekraft über nichtökonomische Faktoren kultureller, sozialer und politischer Art habe.

<sup>372</sup> Im Überblick etwa *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, S. 17; vgl. ferner zu Modell des homo oeconomicus als Erklärungsmodell, welches nicht als Abbild des realen, soziologischen Menschen verstanden werden soll, *Sacksofsky*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 40 Rn. 31 ff.

<sup>373</sup> Hierzu auch *Förster*, FS Kirchhof, 85, 87, wonach Ziel der ökonomischen Analyse die bestmögliche Übereinstimmung von Recht und marktwirtschaftlicher Effizienz i.S.e Zweck/Mittel-Relation.

<sup>374</sup> Ausführlich *Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, S. 46 f.

<sup>375</sup> Ebd.

<sup>376</sup> Vgl. weitergehend zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einer ökonomischen Analyse des *Öffentlichen Rechts*, *Lindner*, JZ 2008, 957; ferner zur Möglichkeit und Reichweite der Umverteilung durch Zivilrecht vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 283 ff.

<sup>377</sup> Etwa *Rhode*, Auslese durch Insolvenzen.

<sup>378</sup> *Adams*, ökonomische Analyse der Sicherungsrechte.

<sup>379</sup> *Rausch*, Gläubigerschutz im Insolvenzverfahren.

<sup>380</sup> M.w.N. *Häsemeyer*, Rn. 5.03.

<sup>381</sup> *Ders.*, Exit, Voice, and Loyalty.

Modell von *exist, voice & loyalty* aufgestellt und die Auswirkungen der verschiedenen Verhaltensweisen aufgezeigt.<sup>382</sup>

Klärungsbedürftig und diesen Fragestellungen gemein ist, ob das geltende Recht einen effizienten Ablauf der Marktmechanismen ermöglicht oder wie die Mechanismen ausgestaltet sein müssen, um dieser Vorgabe nachzukommen.<sup>383</sup> Zentral lässt sich nach der Bedeutung der Insolvenzordnung für die Güterallokation fragen.<sup>384</sup> Immer wieder im Raum steht zudem die Frage, ob unter Effizienzgesichtspunkten eine rechtliche Regelung der Insolvenz überhaupt sinnvoll ist, oder ob diese ausschließlich privatautonomen Lösungen überlassen werden sollte.<sup>385</sup> Zentral ist hier ein von *Bebchuk*<sup>386</sup> vorgestelltes Optionsmodell, das ein staatlich kontrolliertes Verwertungs- und Verteilungsverfahren überflüssig machen soll. Allgemein lässt sich weiterhin hinsichtlich der ökonomischen Anreize des Insolvenzrechts zwischen solchen Wirkungen unterscheiden, die als ex-ante einzuordnen sind, insbesondere die Sicherstellung eines effizienten Unternehmensmanagements<sup>387</sup>, und andererseits solchen, die ex-post wirken, also insbesondere eine kostenminimale Koordination der Gläubigerinteressen und die Maximierung des haftenden Schuldnervermögens bezwecken.<sup>388</sup>

Abseits der hier nicht zu erörternden Diskussion um die Notwendigkeit staatlichen Regeln unterlegter Insolvenzverfahren<sup>389</sup> soll im Folgenden erörtert werden, wie sich die Regelungsanliegen der Insolvenzordnung und deren Grenzen skizzieren lassen.

## 1. Ermöglichung eines marktkonformen Verfahrens

Jede Marktwirtschaft basiert auf dem Prinzip des Wettbewerbs. Wettbewerb belohnt dabei denjenigen, der es vermag, die Marktgegebenheit durch innovative Produkte zu nutzen, diszipliniert wiederum aber diejenigen Marktteilnehmer, die die Spielregeln des Marktes nicht einhalten können, also Produkte anbieten, für die auf Dauer zu wenig Nachfrage besteht.<sup>390</sup>

Die zentrale Bedeutung des Marktes endet nicht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Regierungsbegründung zum Entwurf der Insolvenzordnung zufolge soll die Insolvenzabwicklung durch „die Gesetzmäßigkeiten des Marktes“ gesteuert werden.<sup>391</sup> Das Insolvenzrecht hat hiernach die Aufgabe, die unternehmerischen Ressourcen der wirtschaftlich produktivsten Verwendung

---

<sup>382</sup> Ebd.

<sup>383</sup> S. Förster, redaktionelle Vorbemerkung zu *Bigus/Eger*, ZInsO 2003, 1.

<sup>384</sup> So *Pilgram*, Ökonomische Analyse der bundesdeutschen Insolvenzordnung.

<sup>385</sup> Ebd., S. 16.

<sup>386</sup> Anstelle der Quote wird den Gläubigern marktrational zu bewertende Anteilsoptionen eingeräumt, vgl. *ders.*, Harv. L.R. 1987, S. 775; kritisch hierzu *Förster*, FS Kirchhof, 85, 89; vgl. auch *Hinrichs*, KTS 2002, 497.

<sup>387</sup> Verstanden i.S.e. Disziplinierungsfunktion, hierzu auch *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 27 ff.

<sup>388</sup> Im Überblick bei *Bigus/Eger*, ZInsO 2003, 2, 3.

<sup>389</sup> Hier sei zentral verwiesen auf *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz; ferner auch *Pilgram*, Ökonomische Analyse der bundesdeutschen Insolvenzordnung, S. 16 ff.

<sup>390</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 1.

<sup>391</sup> Begründung zur RegEInsO, BT-Drs. 12/2243, S. 77.



zuzuführen, so dass die InsO keine anderen Interessen als finanzielle zu regeln habe.<sup>392</sup>

„Das Insolvenzverfahren soll die Marktgesetze nicht außer Kraft setzen oder durch hoheitliche Regelung überformen, sondern Marktprozesse stimulieren.“<sup>393</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Gläubiger in erster Linie eine Verlustgemeinschaft darstellen, sollte der aus der Verwertung des Schuldnervermögens fließende Erlös der bestmöglich zu erzielende sein, wobei die Preisbildung wiederum im Einklang mit der Wirtschaftsordnung dem Markt überlassen wird.<sup>394</sup> „So wenig wie sonst im marktwirtschaftlichen Prozess wäre es im Insolvenzfall angemessen, die einzelwirtschaftlichen Dispositionen der Beteiligten durch richterliche Sozialgestaltung oder durch die Entscheidung der von der Insolvenz in irgendeiner Weise berührten außenstehenden Interessenten zu ersetzen.“<sup>395</sup> Damit sind auch außenstehende Dritte nicht in das Verfahren eingebunden, weder sind also die öffentliche Hand noch Gewerkschaften an der Entscheidung über das Verfahrensziel beteiligt.<sup>396</sup> Das Insolvenzrecht ist damit auch ein Instrument für den geordneten Marktaustritt eines Unternehmens, wobei aber die Liquidation des Unternehmensträgers nur in Extremfällen der *unvermeidbare* Weg ist.<sup>397</sup> Ebenso lässt sich auch die Beseitigung einer existenzbedrohenden Unternehmenskrise als ökonomischer Prozess in verrechtlichtem Gewand begreifen.<sup>398</sup>

Das Insolvenzverfahren ist damit vermögensorientiert und so angelegt, dass Marktgesetze die Insolvenzabwicklung steuern.<sup>399</sup>

## 2. Marktsteuerung im Insolvenzverfahren?

Aus der Entwicklung zunehmender Unternehmenskonzentrationen wurde hingegen Ende der 70er Jahre gefolgert, dass das Insolvenzrecht Unternehmenskonzentrationen durch die Erhaltung selbstständiger Unternehmenseinheiten entgegenzuwirken habe und Einzelinteressen gesamt-wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden müssten.<sup>400</sup> Damit verbunden ist die These, das Insolvenzrecht sei ein taugliches Spielfeld zur Marktbeeinflussung, verstanden als Bereitstellung öffentlicher Mittel zur Rettung von Unternehmen sowie zur Verfolgung sozialpolitischer Anliegen.<sup>401</sup> Dies würde bedeuten, dass die zur

---

<sup>392</sup> Ebd.

<sup>393</sup> Ebd., S. 75.

<sup>394</sup> So BeckOKInsO/*Madaus*, § 1 Rn. 5.

<sup>395</sup> Begründung zur RegEInsO, BT-Drs. 12/2243, S. 75.

<sup>396</sup> S. *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 1 Rn. 37.

<sup>397</sup> Vgl. *Cranshaw/Knöpfnadel*, ZInsO 2016, 357, 358.

<sup>398</sup> Ebd., 363.

<sup>399</sup> S. auch *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 1 Rn. 37.

<sup>400</sup> So insbesondere *Kiefler*, in: Gessner/Rhode/Strate/Ziegert, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 558 ff.; vgl. zu den involvierten Interessen verschiedener Stakeholder auch *Flessner*, Sanierung und Reorganisation, S. 195 ff. („öffentlicher Großkonflikt“).

<sup>401</sup> Hierzu *Flessner*, Sanierung und Reorganisation, S. 196: „Unternehmen dieser Art und Größe, die das allgemeine wirtschaftliche und soziale Leben vielfältig bestimmen und in denen eine große Zahl unterschiedlicher Interessen aufeinandertrifft, können nicht ohne Besinnen aufgegeben werden, nur weil das private Schuldrecht es zu befehlen scheint.“;

Insolvenz eines Unternehmens führende *Entscheidung* der Marktteilnehmer, ausgedrückt in der Nichtbeachtung einer Einheit, die nicht die vom Markt vorgegebenen Bedingungen erfüllen kann, durch den Einsatz insolvenzfremder, öffentlicher Mittel zur Verfolgung eines so betrachteten übergeordneten Zwecks, etwa das Ziel des Erhalts von Arbeitsplätzen, zu ersetzen. Der Staat<sup>402</sup> griffe damit in den einzelwirtschaftlichen Wandlungsprozess etwa durch Subventionen oder Bürgschaften ein. Das offensichtliche Dogma dabei ist, dass der Markt nicht selbst für die als optimal angesehene Ressourcenallokation Sorge.<sup>403</sup> Diese Theorie des Marktversagens soll gerade auch bei externen Effekten gelten, die der Staat im negativen Fall auszugleichen habe.<sup>404</sup>

Diese Auffassung hat hingegen in der Insolvenzordnung keinen Niederschlag gefunden. § 1 S. 1 InsO statuiert gegenüber anderen hoheitlichen Zwecken die Rigidität des Insolvenzrechts.<sup>405</sup> Das Insolvenzverfahren dient der Haftungsverwirklichung und ist auf das Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten zugeschnitten; damit berücksichtigt es Gemeinwohlinteressen am Fortbestand des Unternehmens im Allgemeinen nicht.<sup>406</sup> Auch wenn sich darüber diskutieren ließe, ob das Insolvenzrecht ein geeigneter Ort sei, bestimmte Allgemeinwohlbelange zu berücksichtigen<sup>407</sup>, wäre es aber jedenfalls das falsche Instrument, um entsprechende Ziele durch die *Gläubiger* zu finanzieren.<sup>408</sup>

Somit berücksichtigt das Insolvenzrecht Ziele der Wirtschaftspolitik und des Erhalts von Arbeitsplätzen aus Gründen des Allgemeinwohls als solche nicht, auch wenn Sanierungen gleichwohl durch direkte oder indirekte Finanzierungshilfen der öffentlichen Hand gefördert werden können.<sup>409</sup> Der Umstand der Insolvenz ist demnach der falsche Anlass für eine gesamtwirtschaftlich orientierte Investitionslenkung<sup>410</sup>, da Insolvenzverfahren nicht im Dienste der Verfolgung staatlicher Zwecke stehen.<sup>411</sup> Ob hingegen der Staat im Falle einer (drohenden) Insolvenz bestimmter Unternehmen finanzielle Hilfen bereitstellt, ist zuvorderst eine politische Entscheidung, die wohlgleich mit der Grundkonzeption und den Regelungsanliegen des Insolvenzrechts kaum zu vereinbaren ist. Insoweit lässt sich festhalten, dass die Insolvenzordnung jedenfalls keinen

---

vgl. auch zur Diskussion um die Vor- und Nachteile vorinsolvenzlicher Reorganisationsverfahren, *ders.*, KTS 2010, 127.

<sup>402</sup> Staat ist zu verstehen i.S.d. Gebietskörperschaften Bund, Länder, Gemeinde und Gemeindeverbände.

<sup>403</sup> Vgl. auch *Engberding*, Unternehmenskrisen, Sanierung und Industriepolitik, S. 204 ff.

<sup>404</sup> Vgl. *Einem*, Industriepolitik, S. 8 ff; vgl. ferner zur Motivation staatlicher Hilfen *Ehricke*, ZIP 2000, 1656.

<sup>405</sup> Hierzu s. *Häsemeyer*, FS Uhlenbruck, S. 97 ff.

<sup>406</sup> S. *Häsemeyer*, Rn. 1.13.

<sup>407</sup> So fragt etwa *Flessner*, ob nicht im Bereich der Großunternehmen eine rechtliche Insolvenzordnung realistischerweise vor allem darauf gerichtet sein müsste, die Voraussetzungen und Modalitäten der staatlichen Mittelvergabe zu normieren, *ders.*, Sanierung und Reorganisation, S. 201; vgl. zu diesem Ansatz auch die – kritischen – Ausführungen von *Stürner*, ZIP 1982, 761, 770 f.

<sup>408</sup> So ausdrücklich *Hoffmann*, KTS 2017, 17, 31; ferner *Häsemeyer*, FS Uhlenbruck, 97, 101; dies bedeutet also, dass der Staat aus sozialpolitischen Erwägungen Vorkehrungen treffen kann, um besonders schützenswerte Gläubigergruppen zu versorgen, hierzu muss er allerdings Mittel des Staates heranziehen, vgl. auch *Guski*, KTS 2008, 403, 415.

<sup>409</sup> Vgl. *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 1 Rn. 37.

<sup>410</sup> Zu dieser Einordnung auch *Hess/Groß/Reill-Ruppe/Roth*, Insolvenzplan, S. 1.

<sup>411</sup> S. *Smid*, Handbuch Insolvenzrecht, § 1 Rn. 15.

geregelten Rahmen für derartige Hilfeleistungen bereitstellt.<sup>412</sup> Die Insolvenzordnung kennt keine zwangsweise Unternehmensrettung.<sup>413</sup>

### 3. Wettbewerbsschutz durch Insolvenzrecht

Wie bereits aus den vorherigen Ausführungen angeklungen, schützt das Insolvenzrecht als Haftungsordnung auch die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, indem nichtwettbewerbsfähige Teilnehmer in einem staatlich geregelten Verfahren vom Markt genommen werden. In Abwesenheit eines solchen Verfahrens könnten Marktteilnehmer als *tote Einheiten* das Vertrauen des Geschäftsverkehrs über das gewöhnliche Maß wirtschaftlicher Planungs- und Erfüllungsrisiken hinaus erheblich beeinträchtigen.<sup>414</sup>

### 4. Die privatautonome Insolvenzabwicklung – Die Verfahrensbeteiligten als Entscheider

Schon Balz<sup>415</sup> beschäftigte sich mit der Frage, was den Übergang von der individuellen zur kollektiven Haftungsverwirklichung rechtfertige. Mit Rekurs auf Jackson<sup>416</sup> machte er deutlich, dass in einer Knappheitssituation, wie sie für den Fall der Insolvenz prägend ist, die individuelle Haftungsverwirklichung dazu führe, dass die verfügbare Haftungsmasse unvollkommen ausgenutzt werde und der Einzelzugriff damit zu einer unvorteilhaften Werterschlagung führen könne.<sup>417</sup> Hier schafft die Insolvenzordnung einen gesetzlichen Rahmen zur gemeinsamen Willensfindung. Insbesondere sollen marktwirtschaftlich unrichtige Ergebnisse vermieden werden.<sup>418</sup> Der Insolvenzordnung kommt eine Koordinierungsfunktion zu, deren Vorteil in der Senkung der sog. Transaktionskosten<sup>419</sup> liegt.<sup>420</sup>

Die Regierungsbegründung zur Insolvenzordnung zeigt deutlich, dass das ökonomische und rationale Interesse der Gläubiger an einer maximalen Befriedigung aus dem Schuldnervermögen und das gegebenenfalls vorhandene Interesse des Schuldners, aber auch anderer Stakeholder oder Gläubiger an einer Unternehmenssanierung ohne Festlegung einer Rangfolge dem Verhandlungsprozess überlassen werden.<sup>421</sup> Die Insolvenzordnung kennt kein geschütztes Sanierungsverfahren, sondern überlässt die Sanierungsentscheidung dem Primat der privatautonomen Entscheidungsfindung der Geldgeber/Gläubiger, da, so die zugrundeliegende Überlegung, das unzureichende Vermögen eines insolventen Schuldners rechtlich zwar weiter dem Schuldner zugeordnet sei, wirtschaftlich aber gänzlich den vollstreckungsberechtigten Gläubigern

---

<sup>412</sup> So auch Binder, Bankeninsolvenzen, S. 92.

<sup>413</sup> Zu den Folgewirkungen der staatlichen Unternehmensrettung vgl. bereits Lenel, WuW 1983, 429, 440 ff.

<sup>414</sup> S. Guski, KTS 2008, 403, 314.

<sup>415</sup> Ders., ZIP 1988, 1438, 1439.

<sup>416</sup> Ders., The Logic and Limits of Bankruptcy Law.

<sup>417</sup> Balz, ZIP 1988, 1438, 1439.

<sup>418</sup> Ebd.

<sup>419</sup> Zum Prinzip der Transaktionskosten ausführlich Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, S. 56 f.

<sup>420</sup> Vgl. auch Rieger, Kammern in der Insolvenz, S. 331.

<sup>421</sup> Begründung zur RegEInsO, BT-Drs. 12/2243, S. 77 f.; hierzu auch BeckOKInsO/Ma-daus, § 1 Rn. 13.

zustehende.<sup>422</sup> § 1 S. 1 Alt. 2 InsO stellt klar, dass es den Beteiligten unbenommen bleibt, im eröffneten Insolvenzverfahren nach einer Lösung für die Insolvenz-situation zu suchen, die vom Liquidationsprogramm der §§ 166 ff. InsO ab-weicht.

Auch die Begründung des Entwurfes eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (*ESUG*) macht dies im Rahmen des Sanierungsziels deutlich, indem betont wird, dass *die Gläubiger* über die Sanierungsoption entscheiden sollen, da sie das wirtschaftliche Risiko des Gelingens oder Scheiterns einer Sanierung tragen und daher stärker darüber entscheiden können sollen, ob und wenn ja, mit wem eine Sanierung versucht wird.<sup>423</sup> Folglich hat ein Schuldner, der nach dem Scheitern außergerichtlicher Sanierungs-verhandlungen eine Sanierung in der Insolvenz erwägt, sich auf die fortlaufende Unterstützung der maßgeblichen Gläubiger zu verlassen, was insoweit Einbußen an Planungssicherheit mit sich bringt.<sup>424</sup>

In der Konfliktsituation fehlender Einigung entscheiden letztlich die Gläubiger, wobei eine systemimmanente Schwäche in den zwangsläufig gegebenen divergierenden unterschiedlichen Gläubigerinteressen bedingt durch ihre inhomogene Zusammensetzung zu sehen ist.<sup>425</sup> *Häsemeyer*<sup>426</sup> beschreibt eindrücklich den Zwangszusammenschluss der Insolvenzgläubiger mit Verfahrenseröffnung und deren „höchst unterschiedliche Interessen, Kenntnisse und Fähigkeiten“, welche es ausschließen „sie sämtlich und mit zureichender integrativer Wirkung an marktrationalen Entscheidungsprozessen zu beteiligen“. Die Gläubiger agieren dabei verständlicherweise egoistisch und nur ihrem jeweiligen Individualinteresse verpflichtet.<sup>427</sup> Die InsO ist vor diesem Hintergrund auch kein primäres Sanierungsinstrument für Schuldnerunternehmen und erst recht kein Schuldnerschutzinstrument.<sup>428</sup>

## 5. Bestmögliche Gläubigerbefriedigung

Das (materielle) Verfahrensziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung ist in § 1 nicht explizit erwähnt. Es lässt sich hingegen sagen, dass ein Insolvenzverfahren, welches die Sicherung des sozialen Friedens durch die Sicherstellung der gerechten Verteilung knapper Ressourcen unter den Berechtigten bezweckt, dies grundsätzlich durch eine bestmögliche Gläubigerbefriedigung erreichen kann.<sup>429</sup> Folglich ist dieses Ziel primär maßgeblich für die

---

<sup>422</sup> Hierzu BeckOKInsO/*Madaus*, § 1 Rn. 24.

<sup>423</sup> Begründung zur RegE ESUG. BT-Drs. 17/5712, 17.

<sup>424</sup> BeckOKInsO/*Madaus*, § 1 Rn. 43.

<sup>425</sup> Dem Arbeitnehmer geht es bspw. um den Erhalt der Arbeitsplätze, dem lokalen Unternehmen um den Erhalt des Auftraggebers für zukünftige Aufträge, dem Staat um die Aufrechterhaltung des Steuerzahlers, um nur einige Beispiele zu nennen, vgl. hierzu *Cranshaw/Knöpnadel*, ZInsO 2015, 357, 364.

<sup>426</sup> *Ders.*, Insolvenzsrecht, 5.03.

<sup>427</sup> Vgl. die umfangreiche Interessenanalyse der Verfahrensbeteiligten bei *Geldmacher*, Das präventive Sanierungsverfahren, S. 61 ff.

<sup>428</sup> *Cranshaw/Knöpnadel*, ZInsO 2015, 357, 366.

<sup>429</sup> Vgl. BeckOKInsO/*Madaus* InsO § 1 Rn. 5.

Entscheidungen, die innerhalb des Verfahrens zu treffen sind<sup>430</sup>, welches sich als *Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen*<sup>431</sup> darstellt.

Eine Unternehmensfortführung um jeden Preis ist dabei mit dem Ziel der bestmöglichen Haftungsverwirklichung nicht zu vereinbaren.<sup>432</sup> Stellte man diesen Grundsatz in Frage, liefe dies auf eine Realisierung übergeordneter „politischer“ Zielsetzungen auf Kosten der Gläubiger hinaus. Die Insolvenzordnung bietet jedoch hierfür keinen Raum.<sup>433</sup> Die verschiedenen wirtschafts-, sozial- und fiskalpolitischen Gründe, die für eine Gläubigerungleichbehandlung und damit eine Abkehr der bestmöglichen Befriedigung der Gläubigergesamtheit angeführt werden, sind für das Insolvenzrecht nicht von Bedeutung.<sup>434</sup> Jedenfalls Privatvermögen wird mit der Insolvenz nicht gesamtwirtschaftlichen oder sozialen Zwecken dienstbar.<sup>435</sup>

Wiederrum schließt das Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung die Sanierung des insolventen Unternehmens nicht aus. Ganz im Gegenteil wird diese Möglichkeit oftmals zu einer besseren Gläubigerbefriedigung führen können als die bloße Liquidation.<sup>436</sup> Den Beteiligten in einer Marktwirtschaft steht es darüber hinaus frei, neben finanziellen auch nichtmonetären Interessen, wie etwa der Erhalt von Arbeitsplätzen oder die Beibehaltung eines Industriestandortes, zu verfolgen. Allerdings und insoweit kein Widerspruch bildend ist jede Entscheidung, die nicht zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung führt, gleich eine, die auf die Realisierung – gewollt oder ungewollt – übergeordneter (wirtschafts-)politischer Zielsetzungen auf Kosten eben jener Gläubiger hinausläuft.<sup>437</sup>

Bei dieser Einordnung wird nicht ausgeblendet, dass das Unternehmen nicht nur eine handelbare Einheit darstellt, sondern auch Teil des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens und insoweit einen, über den monetären Aspekt hinausgehenden Eigenwert besitzt.<sup>438</sup> Nur ist dies nicht durch die Insolvenzordnung adressiert und kann es insoweit auch nur schwerlich sein, als diese Werte kaum in concreto bezifferbar sind und als gesetzlicher Maßstab deshalb nicht taugen.<sup>439</sup> Dies entspricht auch den Funktionsprinzipien der

---

<sup>430</sup> MüKoInsO/Ganter/Lohmann, § 1 InsO Rn. 20.

<sup>431</sup> Nach Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 18.

<sup>432</sup> So auch Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 27; s. auch Buchalik, ZInsO 2015, 484 ff.

<sup>433</sup> Ebd.

<sup>434</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht Rn. 2.19.

<sup>435</sup> Ebd.; ferner hierzu auch die Ausführungen des BGH, Urteil v. 21.04.2005 – IX ZR 281/03 = ZInsO 2005, 594, wonach die Regierungsbegründung die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger als Hauptziel hervorhebe und „das Ziel einer Vollbeendigung der Gesellschaft jedenfalls da zurücktreten muss, wo es in Widerspruch zu den Interessen der Gläubigergesamtheit steht“.

<sup>436</sup> S. nur Rattunde, ZIP 2003, 2103, 2105; insoweit bedeutet Haftungsverwirklichung nicht gleich Unternehmenszerschlagung, vgl. Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 25; ferner zu den Interessen der Stakeholder vgl. Buchalik, ZInsO 2015, 484, 486 ff.

<sup>437</sup> So auch Eidenmüller, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 27.

<sup>438</sup> Hierzu auch MüKoInsO/Sürner, Einl. Rn. 3.

<sup>439</sup> Dass diese Aspekte trotzdem von den entscheidenden Akteuren berücksichtigt werden können, wurde erwähnt; eine andere Frage ist hingegen, ob diese die Interesseninhaber

Wettbewerbswirtschaft, da es Aufgabe des Wettbewerbs ist, unfähige Marktteilnehmer auszusondern.<sup>440</sup> Eine Sanierung um Ziele abseits der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung willen hieße aber, das Insolvenzverfahren mit interventionistischen Zügen zu unterlegen, welche sich etwa aus sozialpolitischer Sicht als erstrebenswert darstellen.<sup>441</sup>

### III. Folgerung: Insolvenzrecht als Ordnungsmechanismus

Das Insolvenzrecht wird trotz der mit ihm verbundenen gerichtlichen Eingriffe in die Rechte der Verfahrensbeteiligten dem Privatrecht zugeordnet.<sup>442</sup> Es gehört dem privaten Vermögens- und Haftungsrecht an und ordnet die Vermögens- und Haftungsbedingungen des Schuldners unter Insolvenzbedingungen.<sup>443</sup> Als Insolvenzrecht bezeichnet man insoweit die Summe aller Rechtsregeln, die in amtlichen, staatlich geordneten Verfahren für die Abwicklung der Vermögens- und Haftungsverhältnisse beim wirtschaftlichen Zusammenbruch eines Schuldners gelten.<sup>444</sup>

Der Gesetzgeber misst dem Insolvenzrecht in der sozialen Marktwirtschaft eine Ordnungsaufgabe zu.<sup>445</sup> Es soll, wie im Übrigen alles Recht in einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat, einen gerechten Ausgleich schaffen, den Schwächeren schützen und Frieden stiften, geht dabei aber über eine reine Verteilungsfunktion hinaus.<sup>446</sup> Grundidee ist der Ausgleich durch eine amtliche Haftungsabwicklung, um möglichst gleiche Haftungsbedingungen zu Gunsten aller Gläubiger herzustellen und – soweit opportun – die wirtschaftliche Existenz des Schuldners zu erhalten.<sup>447</sup>

Das Insolvenzrecht ist dabei für die Marktwirtschaft von grundlegender Bedeutung, hierbei geht es um die rechtliche Ordnung des Marktaustritts oder des finanziellen Umbaus von am Markt versagender Unternehmen.<sup>448</sup> Ein solches Verständnis unterstreicht auch die Wohlfahrtsfunktion des Insolvenzrechts, denn es hilft dabei, marktwirtschaftliche getroffene Entscheidungen umzusetzen und so zu einer Maximierung des allgemeinen Wohlstands beizutragen, jedenfalls wenn man dem Gedanken folgt, dass frei getroffene

---

dieser Güter auch diejenigen sind, die die – durch die Insolvenzordnung vermittelte - Entscheidungsmacht innehaben.

<sup>440</sup> Vgl. Förster, FS Kirchhoff, 85, 97, welcher diesen Gedanken aber nicht ablehnt.

<sup>441</sup> Ebd.

<sup>442</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.05.

<sup>443</sup> K. Schmidt, InsO, Einl. Rn. 19.

<sup>444</sup> Nach Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.01, wonach das Insolvenzrecht Regelungen für die in Selbstbestimmung und Selbstverantwortung getroffenen Entscheidungen gleichberechtigter Bürger treffe, s. auch Rn. 1.05.

<sup>445</sup> S. FK-InsO/Schmerbach, Vor §§ 1 ff. Rn. 23.

<sup>446</sup> Ebd.

<sup>447</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 2.00.

<sup>448</sup> Zur Bedeutung des Ziels der Unternehmenssanierung vgl. MüKoInsO/Ganter/Lohmann, § 1 Rn. 85, welche die Bedeutung des Erhalts von Unternehmen herausstellen, jedoch die Einordnung als Verfahrensziel der Insolvenzordnung ablehnen. Soweit ein Unternehmen sanierungsfähig ist und die Sanierung für die Gläubiger mindestens gleiche Befriedigungschancen bietet, ließe sich aber von einem nachgeordneten oder partiellen Verfahrensziel sprechen.

Marktentscheidungen grundsätzlich zur bestmöglichen Ressourcenallokation beitragen.<sup>449</sup> Die Möglichkeit eines Scheiterns ist damit unserer Wirtschaftsordnung immanent. Die Insolvenz ist ein notwendiges Korrelat zur Gewinnchance und damit Bestandteil des Haftungsprinzips.<sup>450</sup> Zudem ist das Insolvenzrecht im Rahmen marktwirtschaftlicher Prozesse der Kapazitätsanpassung zu verstehen: dort wo die Bereitschaft zu freier Investition fehlt, soll ein Unternehmen den Markt verlassen.<sup>451</sup> Unternehmenserhaltung gegen den Markt ist in diesem Sinne nur bei offener Subventionierung durch die öffentliche Hand möglich. Das Insolvenzrecht orientiert sich damit am Marktwert des Unternehmens.<sup>452</sup> Letztlich geht es um die Auswahl der „Grenzanbieter“, also solcher Unternehmen, deren soziale Produktionskosten die volkswirtschaftlichen Erträge ihrer Produktion übersteigen.<sup>453</sup>

Die Ordnungsfunktion wird insbesondere dann deutlich, wenn man sich Bereiche anschaut, in denen eine solche Ordnung fehlt. Zentrales Beispiel ist die Staateninsolvenz.<sup>454</sup> Dem Verfahrensrecht kommt hierbei die Aufgabe zu, Strukturen in einer chaotischen Situation vorzugeben, indem es die Schritte aufzeigt, die nacheinander zu erledigen sind.<sup>455</sup> Letztlich zieht das Insolvenzrecht die Grenze, bis zu der ein Unternehmen am Wirtschaftsleben teilnehmen kann, bevor es in einem geordneten Verfahren liquidiert oder saniert wird. *Paulus*<sup>456</sup> umschreibt die Aufgabe des Insolvenzrechts treffend damit, dass „es [...] dafür Sorge zu tragen [habe], dass diejenigen Wirtschaftsgüter, die eine gewisse Schwelle suboptimalen Einsatzes unterschritten haben, schnellstmöglich wieder ihrem optimalen Einsatz zugeführt werden“.

In diesem Sinne dient das Insolvenzrecht dann auf zeitlich nachfolgender Ebene der Durchsetzung der Gläubigerrechte und ist somit auf Haftungsverwirklichung angelegt.<sup>457</sup> Diese Aufgabe kann auch als „Friedensfunktion“ des Insolvenzrechts beschrieben werden.<sup>458</sup> Im Kern geht es um die rechtliche Reaktion bei wirtschaftlichen Ausfällen von Marktteilnehmern, welche anstatt durch Selbsthilfe, ihre Recht mithilfe eines staatlichen Verfahrens durchsetzen können sollen.<sup>459</sup> In einer Situation, in der das Vermögen des Schuldners nicht mehr ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen, muss der Eigennutz eines jeden Schuldners dem Kollektivinteresse an der gemeinschaftlichen und gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger weichen.<sup>460</sup>

So sichert das Insolvenzrecht in seiner Grundkonzeption einerseits den sozialen Frieden durch Ausschluss des der Einzelzwangsvollstreckung innewohnenden Konflikts innerhalb der Gläubiger und trägt andererseits zum

---

<sup>449</sup> S. auch *Paulus*, NZI 2015, 1001, 1004.

<sup>450</sup> So schon – aus volkswirtschaftlicher Sicht – *Eucken*, ORDO 2 (1949), 1, 57 ff.

<sup>451</sup> So *Gröner*, ORDO 35 (1984), 247, 249 ff.

<sup>452</sup> *MüKoInsO/Stürner*, Einl. Rn. 3.

<sup>453</sup> *Rohde*, Auslese durch Insolvenzen, S. 108 ff.

<sup>454</sup> Einführend *Waibel*, in: *Kodek/Reinisch*, Staateninsolvenz.

<sup>455</sup> In diesem Sinne *Paulus*, NZI 2015, 1001, 1003.

<sup>456</sup> *Ders.*, NZI 2015, 1001, 1003; ferner auch *Madaus*, KSzW 2015, 183, 185 („Gefahr der Übersanierung“).

<sup>457</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.12.

<sup>458</sup> *M.w.N. Weiland*, Par conditio creditorum, S. 17.

<sup>459</sup> Vgl. *Becker*, Insolvenzrecht, § 1 Rn. 3 f.

<sup>460</sup> Hierzu *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.01 ff.

Funktionieren der Wirtschaftsprozesse bei, indem der einzelne Gläubiger darauf vertrauen kann, dass seine Rechtsdurchsetzung nicht den Faktoren der bloßen Zufälligkeit oder Gefälligkeit unterliegt.<sup>461</sup> Letzteres führt dazu, dass auch zukünftige Austauschprozesse und Wirtschaftsverbindungen eingegangen werden und somit die fortwährende Liquidität der Märkte gesichert wird.

#### IV. Fazit

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird das Schuldnervermögen den Gläubigern zur Befriedigung durch den Staat in Rahmen eines komplexen rechtsstaatlichen Verfahrens zur Verfügung gestellt, welche sodann über den Fortgang der Unternehmung entscheiden.<sup>462</sup>

Wirtschaftlich gesehen sind die Eigentümer eines insolventen Unternehmens seine Gläubiger, welche ein Interesse daran haben, die Haftungsmasse möglichst zu maximieren.<sup>463</sup> Eine Fortführungsentscheidung ist vor diesem Hintergrund als Investitionsentscheidung zu sehen, welche dann getroffen wird, wenn die im Unternehmen gebundenen Ressourcen – ggf. nach einer erfolgten Sanierung – wertvoller sind als in einer anderen Verwendung, mithin der Fortführungswert den Liquidationswert übersteigt.<sup>464</sup> Unternehmen gegenüber wettbewerblichen Prinzipien mit den einhergehenden Ausleseprozessen zu privilegieren, die im Insolvenzverfahren ihre finale Phase finden, bedarf einer ordnungspolitischen Rechtfertigung, welche im Insolvenzrecht nicht selbst angelegt ist.<sup>465</sup> Die Unternehmensfortführung hat insoweit *nur* eine dienende Funktion, welche sich auch in der Pflicht aller Verfahrensorgane widerspiegelt, die bestmögliche Verwertung zu suchen.<sup>466</sup>

Mit Rekurs auf die Grundlagen der ökonomischen Analyse ergibt sich, dass diejenigen Rechtsnormen, die für die Ressourcenlenkung konstruiert werden, nicht noch zusätzliche Umverteilungsaufgaben wahrnehmen sollten, da hiermit zu vermeidende Effizienzverluste einhergehen, die durch davon unabhängige rechtliche Regelungen vermieden werden könnten.<sup>467</sup> Weiterhin ergibt sich aus dieser Perspektive, dass der Wettbewerb zwischen solventen und insolventen Unternehmen nicht zugunsten letzterer verzehrt werden und das öffentliche Interesse an der Erhaltung insolventer Unternehmen nicht gegen Marktgesetze durchgesetzt werden kann und darf, sondern marktwirtschaftlich rationale Erwägungen, die möglichst ungefiltert im Insolvenzverfahren zur Geltung kommen sollen, zu für den Einzelfall angemessenen und im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegenden Ergebnissen führt.<sup>468</sup>

---

<sup>461</sup> Hierzu *Becker*, Insolvenzrecht, § 1 Rn. 3; mit Recht hinweisend darauf, dass es sich bei der Befriedigung der Gläubiger zu einem gewissen Teil um einen Euphemismus handelt *Paulus*, ZInsO 2015, 1001.

<sup>462</sup> S. auch *Cranshaw/Knöpnadel*, ZInsO 2015, 357, 366.

<sup>463</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, S. 18.

<sup>464</sup> S. auch ebd., S. 31 f.

<sup>465</sup> M.w.N. *Binder*, Bankeninsolvenzen, S. 98.

<sup>466</sup> Hierzu *MüKoInsO/Stürner*, Einl. Rn. 2.

<sup>467</sup> Ausführlich *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. XL f.

<sup>468</sup> Vgl. *MüKoInsO/Ganter/Lohmann*, § 1 Rn. 43.



Aus der Sicht der ökonomischen Analyse ist es damit grundsätzlich zwingend, die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einzustellen, die nur defizitär zu erledigen sind. Gleiches gilt vor dem Hintergrund der optimalen Gläubigerbefriedigung. So gesehen realisieren Marktaustritte als ein unverzichtbarer Teil fortwährender Anpassungsprozesse Rationalisierungseffekte des Marktes und stellen ein wichtiges Element der volkswirtschaftlichen Steuerung der Ressourcenverwendung dar.<sup>469</sup> Das Insolvenzverfahren ist mikroökonomischer Art, kein volkswirtschaftlicher Entscheidungsrahmen. Entscheidungen innerhalb des Insolvenzverfahrens fallen durch die involvierten Insolvenzgläubiger.

Sozialpolitisch ist der Hinweis auf die Auswirkungen des Verlustes eines bedarfsgerechten Krankenhauses ohne weiteres gerechtfertigt, doch ist diesen Folgen sozialpolitisch und krankenhausrrechtlich zu begegnen. Das Sozialmodell der InsO hingegen ist die einem Strukturwandel offene, auf Leistungssteigerung, Effizienz und Ressourcenallokation angelegte marktwirtschaftliche Ordnung, für die auch Marktaustritte bestehender Unternehmen von hervorgehobener Bedeutung sind.<sup>470</sup> Das Insolvenzverfahren richtet sich auf die Kollektivierung der Haftungsverwirklichung, wobei das Vermögen des Schuldners im Interesse aller Geldgeber zu maximieren ist.<sup>471</sup>

Dort wo ein Marktaustritt aus sozialpolitischen Gründen nicht gewollt ist, muss der Staat außerhalb insolvenzrechtlicher Strukturen eine *politische* Entscheidung fällen. Das Insolvenzrecht selbst stellt hierfür jedoch keine eigenständigen Instrumentarien bereit, da es selbst als Haftungsverwirklichungsmechanismus nicht auf sozialpolitische Ziele ausgerichtet ist.

Es hat sich gezeigt, dass das Insolvenzrecht eine übergreifende Haftungsordnung begründet, die höchst unterschiedlichen Rechtsbereichen mit je verschiedenen Regelungszielen und -strukturen gerecht werden muss. Leitlinie muss hierbei sein, dass sozialrechtliche Anliegen, so nachvollziehbar sie auch sein mögen, nicht über das Institut der Insolvenzordnung respektive deren partielle Nichtanwendung zu lösen sind. Vermögen verwandelt sich mit der Insolvenz seines Trägers nicht in eine Verfügungsmasse für soziale Präferenzen oder öffentliche Prioritäten.<sup>472</sup> So sind auch sozialpolitischen Argumenten eine Absage zu erteilen, die das Vermögen des Schuldners als nach dem Maßstab sozialer Nützlichkeit verwertbare Verfügungsmasse betrachten.<sup>473</sup> Es gilt, dass mit Insolvenzrecht keine Sozialpolitik zu betreiben ist. Folglich gilt ebenso, dass öffentliche Mittel nicht wettbewerbsverfälschend eingesetzt werden dürfen. Es lässt sich damit festhalten, dass sozialen Problemen sozialpolitisch und nicht etwa durch eine Modifikation des Insolvenzrechts zu begegnen ist. Im Übrigen hat die Allgemeinheit die Kosten über die Marktkonditionen zu tragen. Kosten, die alle Bürger treffen, dürfen nicht auf einzelne, durch die Insolvenz zufällig betroffene Gläubiger abgewälzt werden.<sup>474</sup>

---

<sup>469</sup> Vgl. auch Gröner, ORDO Band 35 (1984), 248, 252.

<sup>470</sup> So auch Balz, in: Kölner Schrift zur neuen Insolvenzordnung, S. 5.

<sup>471</sup> Ebd. S. 8.

<sup>472</sup> So auch Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.13.

<sup>473</sup> Solche Ansätze dargestellt bei ebd.; ferner Häsemeyer, KTS 1982, 507, 515 ff.

<sup>474</sup> So auch Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 2.20.

### C. Sozial(-rechtliche) Unterlegung des Krankenhausrechts

Die Sozialpolitik und damit das Sozialrecht stehen in einem Spannungsfeld, welches durch die ökonomischen Spielregeln der Marktwirtschaft auf der einen und das gesellschaftliche Erfordernis sozialer Gerechtigkeit und Sicherheit auf der anderen Seite bestimmt wird.

Das Krankenhausrecht verstanden als Krankenhausplanungs- und finanzierungsrecht ist teilweise öffentliches Recht, teilweise privates Recht, im Kern dabei dem öffentlichen Wirtschaftsrecht zuzuordnen, da es um die Regulierung eines Marktes durch das öffentliche Recht geht.<sup>475</sup> Hingegen ist die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern eine verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabe im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge und damit eng mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verknüpft.<sup>476</sup> Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung wiederum ist im SGB V ausführlich normiert. Gem. § 2 Abs. 1 SGB V stellen die Krankenkassen den Versicherten die im Dritten Kapitel genannten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 SGB V zur Verfügung, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden. Hierzu gehört mithin auch die Krankenhausbehandlung gem. § 39 SGB V. Das Krankenhausrecht ist insoweit eng mit dem Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenkassen, aber auch mit dem aus dem Sozialstaatsprinzip folgenden Sicherstellungsauftrag verknüpft.

Die folgende Darstellung folgt einem Aufbau von den Aufgaben und Ausprägungen des Sozialrechts über die Konturierung des sozialen Rechtsstaates bis hin zu der Frage der Gesundheit als Gegenstand sozialstaatlicher Verpflichtung.

#### I. Sozialrechtliche Topoi

Das Sozialrecht selbst ist ein relativ junges Rechtsgebiet und zählt zum Bereich des öffentlichen Rechts. Markant beschrieben stellt es die Antwort des 20. Jahrhunderts auf die soziale Frage des 19. Jahrhunderts dar.<sup>477</sup> Das Bedürfnis hingegen, von Sozialrecht zu reden, ist alt.<sup>478</sup> Der Begriff ist durch einen stetigen Wandel seit Mitte des 19. Jahrhunderts geprägt<sup>479</sup> und ist durch die Vielfalt

---

<sup>475</sup> Öffentliches Wirtschaftsrecht als Querschnittsmaterie umfasst zahlreiche Teilgebiete wie etwa das Gewerbe-, das Subventions-, das Vergabe- und das Immissionsschutzrecht und erfasst insbesondere die Regulierung verschiedener Märkte, vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht; speziell zum Krankenhausrecht als Teil des öffentlichen Wirtschaftsrechts s. *Vollmöller*, KSzW 2012, 187.

<sup>476</sup> Zum staatlichen Sicherstellungsauftrag s. noch unten Erster Teil1. D.

<sup>477</sup> So ausdrücklich *Eichenhofer*, Sozialrecht, § 2 Rn. 16.

<sup>478</sup> Das Wort Sozialrecht lässt sich zumindest bis in 17. Jahrhundert bis zu Hugo Grotius zurückverfolgen, ist aber im Laufe der Zeit in recht unterschiedlichen Bedeutungen verwendet worden, Nachweise bei *Zacher*, Abhandlungen zum Sozialrecht, S. 249; zur „sozialen Frage“ außerdem *Eichenhofer*, Geschichte des Sozialstaats in Europa, S. 37 ff.

<sup>479</sup> Während der Sprachgebrauch des späten 19. Jahrhunderts dahin ging, als Sozialrecht zu bezeichnen, was die Beziehungen der menschlichen Willensträger als Gemeinschaftswesen normativ ordnet, neigte die Rechtswissenschaft der Weimarer Republik dazu, den Begriff für das Sonderrecht zur Lösung der sozialen Frage und damit weitestgehend synonym zum Begriff des Arbeitsrechts zu verwenden, s. *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Rn. 1.

der Bedeutungen, mit denen „Sozialrecht“ bis heute verbunden ist, in besonderem Umfange mehrdeutig.<sup>480</sup>

## 1. Begriffsbestimmung

Positiv geht es darum, das Sozialrecht als Rechtsgebiet in der auch sonst der sozialen Gerechtigkeit und sozialen Sicherheit verpflichteten Rechtsordnung zu beschreiben; insoweit kennt die Lehre einen formellen und einen materiellen Begriff des Sozialrechts.<sup>481</sup>

Zum Sozialrecht im *formellen* Sinne gehören diejenigen Rechtssätze, die der Gesetzgeber dem Sozialrecht zuweist. Anders ausgedrückt, Sozialrecht ist alles, was vom Sozialgesetzbuch erfasst wird.<sup>482</sup>

Das Sozialrecht *materiell* zu definieren, erweist sich als weitaus schwieriger und orientiert sich an der Aufgabe des Sozialrechts, den Sozialstaat, also soziale Hilfe und soziale Gerechtigkeit, im Einzelfall zu verwirklichen, wobei diesem Definitionsversuch eine gewisse Unschärfe immanent ist.<sup>483</sup>

## 2. Grundprinzipien des Sozialrechts

Als wesentlich für die materielle Charakterisierung des Sozialrechts erweisen sich Normen, „die durch eine gesteigerte Intensität ihres sozialrechtlichen Gehalts auszeichnen“, also zuvorderst solche Anspruchstatbestände, die ökonomisch relevante individuelle Defizite an Gütern, Diensten, Rechten oder Chancen typisieren, aus denen ein Bedarf<sup>484</sup> resultiert, und auf Ausgleich eben dieser Defizite gerichtet sind.<sup>485</sup> Sozialrecht ist mithin funktional-final charakterisiert durch das Bestreben, individuelle Güterdefizite und hierauf beruhende Bedarfe durch Bedarfsbefriedigung zu mindern oder zu beseitigen.<sup>486</sup> Durch die Normen des Sozialrechts wird mithin der Staat als Träger der öffentlichen Gewalt berechtigt und verpflichtet.<sup>487</sup> Sozialrecht nimmt auch die Funktion der Strukturförderung wahr und bezweckt damit nicht primär die Förderung eines Sozialinteresses, sondern die Förderung des Gemeinwohls, indem förderungsbedürftige Lebens- und Wirtschaftsbereiche subventioniert werden, um deren im öffentlichen Interesse liegende Funktionstüchtigkeit zu erhalten.<sup>488</sup>

---

<sup>480</sup> Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht, S. 256.

<sup>481</sup> s. Waltermann, Sozialrecht, S. 18; ausführlich zur Begriffsbestimmung auch Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, sowie Müller-Volbehr, JZ 1978, 249.

<sup>482</sup> Zacher spricht insoweit auch von einem pragmatischen Sozialrechtsbegriff, *ders.*, Abhandlungen zum Sozialrecht, S. 250.

<sup>483</sup> S. Waltermann, Sozialrecht, S. 719; Zacher umschreibt die Aufgabe als „Verwirklichung von Gleichheit und Freiheit in den unmittelbar oder mittelbar ökonomischen Lebensbedingungen durch Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für alle, durch Abbau von Wohlstandsunterschieden sowie durch Aufhebung oder Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen, *ders.*, Abhandlungen zum Sozialrecht, S. 251.

<sup>484</sup> Zur Frage der Bedeutung des Bedarfs in der Krankenhausplanung, vgl. ausführlich unten Erster Teil I. F.

<sup>485</sup> Hierzu Zacher, VSSR 4 (1976), 1, 7; Bley/Kreikebohm/Marschner, Rn. 2.

<sup>486</sup> Bley/Kreikebohm/Marschner, Rn. 2.

<sup>487</sup> S. Baron v. Maydell, SRH, § 1 Rn. 7.

<sup>488</sup> Bley/Kreikebohm/Marschner, Rn. 11.

Im Mittelunkt des Sozialrechts stehen die Sozialleistungen, wie auch durch die Formulierung der §§ 1, 11 SGB I deutlich wird.<sup>489</sup> Zentral lässt sich zwischen finalen Leistungen, die allein an der Bedarfssituation ausgerichtet sind, und kausalen Leistungen unterscheiden, die voraussetzen, dass eine Bedarfssituation durch eine bestimmte Ursache entstanden ist.<sup>490</sup> Sozialleistungen werden durch die Sozialleistungsträger, also die Träger der öffentlichen Verwaltung, hierzu zählen Körperschaft und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie Behörden, erbracht.<sup>491</sup> Die Sozialversicherungsträger wiederum sind von der unmittelbaren Staatsverwaltung getrennt und nach dem Grundsatz der sozialen Selbstverwaltung organisiert.<sup>492</sup>

Die Besonderheiten des Sozialrechts zeigen sich schließlich darin, dass der Gesetzgeber mit dem SGB X ein eigenständiges sozialrechtliches Verwaltungsverfahren kodifiziert hat, welches im Wesentlichen dem Verwaltungsverfahrensgesetz nachgebildet ist, aber auch den sozialrechtlichen Anforderungen Rechnung trägt.<sup>493</sup>

Das Sozialrecht weist auch Schnittstellen zu privatrechtlichen Regelungsgefügen auf. Das Sozial- und das Privatrecht leisten auf unterschiedliche Weise ihren Beitrag zur Verwirklichung der Existenzsicherung des Einzelnen. Es lässt sich von einer substantiellen Wechselwirkung sprechen, da das Sozialrecht auf Funktionsdefizite des Privatrechts reagiert und seinen Beitrag zur Gesamtrechtsordnung leistet.<sup>494</sup>

### 3. Sozialrecht und Marktwirtschaft

Das Sozialrecht basiert auf dem Grundgedanken der Externalisierung, also der Auslagerung von Problemlösungen in staatlich organisierten Umverteilungsgemeinschaften.<sup>495</sup> Die personellen und pekuniären Dimensionen der Sozialpolitik machen selbige von der Wirtschaftsentwicklung abhängig, wirken aber ebenso auf diese ein, so dass die wechselseitigen Auswirkungen von beiden Seiten zu beachten sind. Sozialpolitik ist dabei auch Verteilungspolitik, indem ein Teil des erzielten Primäreinkommens nach Einziehung zu öffentlichen Kassen umverteilt wird, sog. Sekundärverteilung oder Redistribution.<sup>496</sup>

Soziale Politik schützt in einer auf Tauschverkehr beruhenden Wirtschaft alle, die ihren Lebensunterhalt aus eigener Kraft nicht bestreiten können. Primär geschützt ist damit folgerichtig die Freiheit des Einzelnen.<sup>497</sup> Zwischen

---

<sup>489</sup> Sozialleistungen sind dabei die Leistungen, die ein Leistungsträger aufgrund sozialrechtlicher Vorschriften erbringt; der Gesetzgeber hat die für alle Sozialleistungen gemeinsamen Fragen in den §§ 30-59 SGB I geregelt, vgl. ausführlich KassKomm/Seewald, § 11 SGB I Rn. 3 ff.

<sup>490</sup> S. Baron v. Maydell, SRH, § 1 Rn. 23.

<sup>491</sup> Vgl. KassKomm/Seewald, § 12 SGB I Rn. 3 ff.

<sup>492</sup> Instruktiv Axer, NZS 2017, 601.

<sup>493</sup> Ausführlich zum sozialrechtlichen Verwaltungsverfahren Erlenkämper/Fichte, Sozialrecht, Kap. 28.

<sup>494</sup> S. Eichenhofer, Sozialrecht, § 6 Rn. 136.

<sup>495</sup> Ebd., § 6 Rn. 156.

<sup>496</sup> M.w.N. Bley/Kreikebohm/Marschner. Rn. 38; Eichenhofer, Sozialrecht, § 3 Rn. 54; vgl. zum Zuteilungsmodell der gesetzlichen Krankenkassen (*iustitia distributiva*) auch Lege, VVDStRL 70 (2011), 112, 124.

<sup>497</sup> So Eichenhofer, Sozialrecht, § 1 Rn. 9.

Marktwirtschaft und Sozialrecht bestehen Zielkonflikte, denn die Marktwirtschaft fördert die Produktion, während das Sozialrecht die Verteilung vor Augen hat.<sup>498</sup> Im Kern bleibt bei aller Sozialromantik festzuhalten, dass an Sozialleistungen nur verteilt werden kann, was zuvor erwirtschaftet wurde; Sozialpolitik ist mithin auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Gemeinwesens angewiesen. Aller Sozialaufwand einer Volkswirtschaft in einem gegebenen Zeitabschnitt muss aus dem wirtschaftlichen Ertrag des vorangegangenen Zeitabschnitts aufgebracht werden.<sup>499</sup>

Marktwirtschaftliche Strukturen sichern die bestmögliche Versorgung, gemeinhin aber nicht die bestmögliche Verteilung des Erwirtschafteten und können deshalb alleine nicht das zentrale Anliegen des Sozialrechts erfüllen.<sup>500</sup> Während also die Wirtschaftspolitik primär gesamtwirtschaftlich erwünschte Ergebnisse anstrebt, ist sozialpolitisches Handeln auf die Lebenslage der Bevölkerung ausgerichtet. Dies zeigt, dass sich beide Bereiche in ihrer Betrachtungsweise unterscheiden, während die grundsätzlichen Ziele beiderseits vergleichbar sind.<sup>501</sup> In diesem Rahmen bedarf es bei einem Auftreten von Zielkonflikten eines Abwägens in Bezug auf die positiven und negativen Wirkungen mit Blick auf die Realisierung jeweils als wünschenswert eingestufte Ziele.<sup>502</sup>

In ihrer Gesamtheit bilden die verschiedenen Bereiche des Sozialrechts und der Sozialpolitik zusammen mit der Wirtschaftsordnung und -politik den Rahmen für die wirtschaftlichen Handlungen der Mitglieder einer Gesellschaft, die gesellschaftliche Entwicklung und die in diesen Bereichen tätigen staatlichen Organisationen.<sup>503</sup>

## **II. Deutschland als sozialer Rechtsstaat<sup>504</sup>**

Der *Sozialstaat* ist eine der zentralen Errungenschaften des 20. Jahrhunderts in Europa. Die Bundesrepublik Deutschland bekennt sich, verankert in Art. 20 Abs. 1 GG, zur Sozialstaatlichkeit.

### **1. Sozialstaatsprinzip**

Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland kennt keine sozialen Grundrechte und keine sonstigen, ausdifferenzierten sozialen Programmsätze, sondern beschränkt sich auf die Statuierung eines sozialen Staatsziels.<sup>505</sup> Das Sozialstaatsprinzip findet sowohl in Art. 20 Abs. 1 GG („sozialer Bundesstaat“) als auch in Art. 28 Abs. 1 GG („sozialer Rechtsstaat“) Erwähnung.

---

<sup>498</sup> S. ebd. § 3 Rn. 59.

<sup>499</sup> Ebd., § 3 Rn. 56.

<sup>500</sup> Ebd., § 3 Rn. 58.

<sup>501</sup> *Schmähl*, SRH, § 4 Rn. 6.

<sup>502</sup> Ebd.

<sup>503</sup> Hierzu *Hauser*, SRH, § 5 Rn. 5.

<sup>504</sup> Zur Einordnung spricht man auf internationaler Ebene von Wohlfahrtsstaaten bei solchen Staaten, die eine ähnliche sozialpolitische Institutionalisierung aufweisen, von sozialer Marktwirtschaft wiederum, wenn sich der Blick auf die gesamte Wirtschafts- und Sozialordnung richtet, vgl. *Hauser*, SRH, § 5 Rn. 3.

<sup>505</sup> S. *Papier*, SRH, § 4 Rn. 1.

Nach Auffassung des BVerfG soll das in Art. 20 Abs. 1 GG enthaltene Sozialstaatsprinzip dazu dienen, dass der Staat nicht bei einer formellen Rechtsstaatlichkeit stehen bleibe, sondern auch soziale Gerechtigkeit verwirkliche.<sup>506</sup> Damit verpflichtet das Sozialstaatsprinzip insbesondere den Gesetzgeber. Verstanden haben will das BVerfG das Sozialstaatsprinzip also als Gestaltungsauftrag zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit.<sup>507</sup> Der Staat hat insoweit eine Verantwortung für die Befindlichkeit der Gesellschaft.<sup>508</sup> Dem Sozialstaatsprinzip ist eine gewisse Unbestimmtheit immanent, so dass sich diesem „regelmäßig kein Gebot entnehmen [lasse], soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren“.<sup>509</sup> Dogmatisch ist das Sozialstaatsprinzip als Staatszielbestimmung<sup>510</sup> konstruiert, was den Vorteil hoher Flexibilität in Ziel und Mittel sichert.<sup>511</sup>

Hinsichtlich wirtschaftlicher Fragen lässt sich aus dem Sozialstaatsprinzip – wie aus dem Grundgesetz allgemein<sup>512</sup> – weder ein Zwang zur Marktwirtschaft noch zu einer Planwirtschaft ableiten, jedoch kommt dem Sozialstaatsprinzip insoweit eine Schrankenfunktion zu, als dem Staat Einwirkungsmöglichkeiten verbleiben müssen.<sup>513</sup>

Konkrete Rechte des Einzelnen und Pflichten des Staates lassen sich aber aus den Grundrechten in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip herleiten.<sup>514</sup> So konkretisiert Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Pflichten, welche sich aus dem Sozialstaatsprinzip ergeben.<sup>515</sup> Hieraus erwächst zunächst kein Anspruch des Einzelnen auf Versorgung mit bestimmten Gesundheitsleistungen, wohl aber ein Auftrag an den Gesetzgeber, sich um das gesundheitliche Wohl der Gemeinschaft zu kümmern, indem er ein funktionsfähiges Sozialversicherungssystem schafft und Einrichtungen der Daseinsvorsorge im gesundheitlichen Bereich zur Verfügung stellt.<sup>516</sup> Wie so häufig können bei der Verwirklichung dieser Aufgabe Zielkonflikte mit anderen Rechtsgütern, insbesondere der individuellen

---

<sup>506</sup> BVerfGE 5, 198; 40, 133; 52, 348.

<sup>507</sup> BVerfGE 22, 180, 204; 27, 253, 283; 35, 202, 235, 40, 121, 133; 69, 272, 314.

<sup>508</sup> s. *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof, HStR II*, § 28 Rn. 21.

<sup>509</sup> BVerfGE 110, 412, 445; hierzu auch *Hofmann*, *S/H/H*, Art. 20 Rn. 27.

<sup>510</sup> D.h. der Gesetzgeber legt ein Ziel fest, zu dessen Verfolgung sämtliche Staatsorgane verpflichtet sind, s. *Sommermann*, in: *v.Mangoldt/Klein/Starck, GG*, § 20 Rn. 100 ff.

<sup>511</sup> *S. Eichenhofer*, *Sozialrecht*, § 5 Rn. 113.

<sup>512</sup> Anders als bspw. die Verfassung der ehemaligen DDR – Planwirtschaft mit Volkseigentum – Art. 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 und 2, Art. 12 oder die das Unionsrecht mit der Festlegung auf die soziale Marktwirtschaft, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV; insofern spricht man von der „wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes“.

<sup>513</sup> *S. Hofmann*, *S/H/H*, Art. 20 Rn. 27.

<sup>514</sup> *ebd.* Rn. 30.

<sup>515</sup> *Sachs/Murswiek/Rixen*, *GG*, Art. 2 Rn. 224; allgemein zum Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik s. *Neumann*, *DVB1.* 1997, 92, welcher untersucht, ob die Grundrechtsdogmatik dem Staatszielprinzip schärfere Konturen verleiht und zudem zum Ergebnis kommt, dass das Sozialstaatsprinzip nicht die Grundrechte außer Kraft setze, sondern als kollidierendes Verfassungsrecht Eingriffe in vorbehaltlose Grundrechte rechtfertige und zudem bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung die kollektiven Ziele des Gesetzgebers stärke.

<sup>516</sup> *Sachs/Murawiek*, *GG*, Art. 2 Rn. 225; je nach gesetzlicher Ausgestaltung subsidiär, vorrangig, ausschließlich oder gleichwertig alternativ, vgl. *Genzel/Degener-Hecke*, in: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, § 80 Rn. 2.

Freiheit des Einzelnen entstehen.<sup>517</sup> Letztlich entfaltet das Staatsziel seine normative Kraft, verstanden als Gestaltungsauftrag, wenn die tatsächlichen Gegebenheiten den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gemeinwesens nicht gerecht werden.<sup>518</sup> Insofern geht es um den Ausgleich der sozialen Gegensätze und der Schaffung einer gerechten Sozialordnung.<sup>519</sup>

## 2. Ausprägungen des Sozialstaatsprinzips

Bestimmte Ausprägungen des Sozialstaatsprinzips sind für das Bestehen der sozialen Gerechtigkeit unerlässlich. Besonders bedeutsam für die sozialstaatliche Komponente der Marktwirtschaft ist die Sozialversicherung, welche neben der versicherungsrechtlichen Komponente ein wesentliches Element sozialer Fürsorge ist.<sup>520</sup> Einen zentralen Baustein stellt hierbei die Krankenversicherung dar, auch wenn eine Verfassungsgarantie des bestehenden Systems oder der tragenden Organisationsprinzipien dem Grundgesetz nicht zu entnehmen ist.<sup>521</sup> Weitere Ausprägungen sind die soziale Entschädigung und das Sozialhilferecht.<sup>522</sup> Zudem wird das Sozialstaatsprinzip nicht allein durch das Sozialrecht verwirklicht, sondern spielt auch in anderen Rechtsgebieten, zuvorderst als Leitlinie für die Auslegung, eine Rolle. Zu nennen seien hier das Arbeitsrecht, das Bürgerliche Recht, bspw. der Mieter- oder Verbraucherschutz sowie das Prozess- und Steuerrecht.<sup>523</sup>

Das Sozialstaatsprinzip soll die Voraussetzungen zur individuellen Freiheitsentfaltung schaffen und kontinuierlich verbessern; dies wird nicht zuletzt durch die Daseinsvorsorge des Staates verwirklicht.<sup>524</sup> Wichtige Ziele des Sozialstaatsprinzips sind die Hilfe gegen Not und Armut, mehr Gleichheit durch Abbau gesellschaftlicher Abhängigkeit und die Sicherung des einzelnen gegen die sozialen Risiken des Lebens.<sup>525</sup> Zusammenfassend ist das Sozialstaatsprinzip die Grundlage sozialen Schutzes des Einzelnen und eröffnet dem Gesetzgeber Gestaltungsoptionen.

## 3. Gesundheit als sozialstaatliche Verpflichtung

Sozialstaat, die Menschenwürdegarantie und die Gesundheitspolitik sind eng verknüpft. Das BVerfG formuliert, der „unmittelbare verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ umfasse insbesondere „die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und *Gesundheit*“.<sup>526</sup>

---

<sup>517</sup> Hofmann, S/H/H, Art. 20 Rn. 31.

<sup>518</sup> Papier, SRH, § 3 Rn. 1.

<sup>519</sup> Vgl. BVerfGE 22, 180, 204; ferner Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 2 Nr. 1.

<sup>520</sup> Vgl. Sachs/Mursewiek, GG, Art. 2 Rn. 31.

<sup>521</sup> S. Hofmann, S/H/H, Art. 20 Rn. 29.

<sup>522</sup> Vgl. insgesamt Rißner, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 96 Rn. 115 ff.

<sup>523</sup> S. Waltermann, Sozialrecht, S. 7.

<sup>524</sup> S. Degenhart, Staatsrecht I, § 6 Rn. 658; Sommermann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, § 20 Rn. 112.

<sup>525</sup> Eichenhofer, Sozialrecht, § 5 Rn. 121.

<sup>526</sup> BVerfGE 125, 175, 223 (Hervorhebung durch den Verfasser); damit trifft den sozialen Staat eine besondere Verantwortung für die Erreichbarkeit notwendiger Güter, wozu auch

Dabei ist zunächst zu konstatieren, dass das Wort Gesundheit weder allein noch in einer Wortverbindung im Grundgesetz enthalten ist, ohne dass hieraus zu schlussfolgern wäre, dass das Grundgesetz das Schutzgut der Gesundheit nicht erfasse.<sup>527</sup>

#### a) **Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG**

Ein „Recht auf Gesundheit“ ist nicht explizit im Grundgesetz kodifiziert.<sup>528</sup> Ausgangspunkt eines „Verfassungsrechts auf Gesundheit“ ist das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, welches zunächst als Abwehrrecht zu verstehen ist.<sup>529</sup> Es ist mittlerweile anerkannt, dass die Gesundheit vom Schutzbereich mit umfasst ist, jedenfalls insoweit, als die Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne gemeint ist.<sup>530</sup>

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist jedoch für sich alleine genommen kein „Recht auf Gesundheit“. Er bleibt hinter dem von der Welthandelsorganisation geprägten Gesundheitsbegriff als „Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens“ zurück, schützt aber andererseits darüberhinausgehend nicht nur vor Gesundheitsschäden im Sinne von somatischen Funktionsstörungen, Körperschäden oder psychopathischen Störungen, sondern auch vor sonstigen Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität.<sup>531</sup>

#### b) **Schutzpflichtdimension der Grundrechte**

Neben der klassischen Funktion als Abwehrrechte enthalten Grundrechte auch objektive Werteentscheidungen. Dort, wo Rechte als status negativus formuliert sind, gibt das Grundgesetz zu erkennen, dass eben diese Rechtsgüter, als schützenswert angesehen werden und dem Staat deshalb eine besondere Verantwortung obliegt.<sup>532</sup> Mit dem objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte wird auch die staatliche Schutzpflicht in Verbindung gebracht, welche zu einer positiven Verpflichtung des Staates führt.<sup>533</sup> Schutzpflichten gebieten allgemein staatlichen Stellen, den Schutzgegenstand des Grundrechts vor Verletzungen und Gefährdungen zu schützen.<sup>534</sup>

Unterschieden werden kann hier zwischen dem staatlichen Schutz vor Verhätten Dritter im Sinne einer Abwehr von Beeinträchtigungen durch Dritte, die der Erhaltung des Grundrechtsgutes dient<sup>535</sup> und weitergehend im Sinne eines

---

die Versorgung im Krankheitsfalle zählt, hierzu *Zacher*, in: Igl/Naegele, Perspektiven einer sozialstaatlichen Umverteilung im Gesundheitswesen, S. 143 ff.

<sup>527</sup> Hierzu *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 37.

<sup>528</sup> Zur Kodifizierung in den verschiedenen Länderverfassungen und ausländischen Verfassungen, vgl. *Hernekamp*, Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen, S. 83 f.

<sup>529</sup> Zur klassischen Konzeption der Grundrechte als Abwehrrechte s. *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 372 f.

<sup>530</sup> Zum Verhältnis der Begriffe körperliche Unversehrtheit und Gesundheit s. v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 62.

<sup>531</sup> Hierzu Sachs/Murawiek, GG, Art. 2 Rn. 150.

<sup>532</sup> S. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 94.

<sup>533</sup> S. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, § 1 Rn. 194.

<sup>534</sup> S. *Jarass/Pieroth*, GG, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 7.

<sup>535</sup> Hierunter fallen beispielweise deliktrechtliche Regelungen, insbesondere nennt § 823 Abs. 1 BGB das Leben als erstes der geschützten Rechtsgüter, und das Strafrecht mit den §§ 211 ff., s. auch Sachs, in: Stern, Staatsrecht Bd. IV/1, § 98 II. 6.



grundrechtlichen Leistungsanspruches, welchem die Vorstellung einer Hilfsbedürftigkeit aufgrund „gegnerloser Not“ zugrunde liegt.<sup>536</sup>

### c) Staatliche Pflicht zum Schutze der Gesundheit

In der Gesamtschau mit dem grundrechtlichen Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip ist Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Verpflichtung zum Schutze der Gesundheit abzuleiten.<sup>537</sup>

Die grundrechtlichen Schutzpflichten sind über die Geltungsanordnung des Art. 1 Abs. 3 GG an den Staat adressiert und für diesen unmittelbar verbindlich. Über die Schutzpflichtendimension der Grundrechte ist der Gesetzgeber dazu verpflichtet, Vorkehrungen zum Schutz der Grundrechte zu treffen, die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen, jedoch nicht, konkrete Leistungen zu gewähren; insoweit wird die Dimension objektiv-rechtlich interpretiert.<sup>538</sup> Bei der Ausgestaltung seiner Schutzverpflichtung ist dem Gesetzgeber weitestgehend freie Hand gelassen.<sup>539</sup> In Verbindung mit der Sozialstaatsbestimmung des Grundgesetzes kann der Bürger aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bezogen auf das Gesundheitswesen einen Anspruch auf sachgerechte Ausgestaltung der staatlichen Krankeneinrichtungen sowie auf Teilhabe an vorhandenen Einrichtungen der öffentlichen Hand ableiten.<sup>540</sup> Diese Leistungsumschreibung kann wiederum als eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips angesehen werden.<sup>541</sup> Es besteht mithin eine staatliche Pflicht – unter dem allgemein gebotenen Vorbehalt des Möglichen – für ein hinreichend leistungsfähiges Gesundheitssystem zu sorgen, ohne sich dabei zu konkreten Verpflichtungen und korrespondierenden Ansprüchen zu verdichten.<sup>542</sup>

---

<sup>536</sup> So *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 119; in diesem Sinne auch *Nettesheim*, VerwArch 93 (2002), 315, 324, soweit dieser Fragen der Sicherstellung eines Gesundheitssystems den *wohlfahrtsstaatlichen Leistungspflichten* zuordnet.

<sup>537</sup> Zur Herleitung ausführlich *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 37 ff; die Vernachlässigung des Sozialstaatsprinzips andeutend *Nettesheim*, VerwArch 93 (2002), 315, 325; ferner *Isensee*, ZVersWiss 93 (2004), 651.

<sup>538</sup> S. ebd. S. 78; die Existenz staatlicher Schutzpflichten ist nahezu unbestritten, die Begründungsansätze hingegen vielfältig, s. statt vieler *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 17.

<sup>539</sup> S. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Nr. 1 Rn. 94; insoweit formuliert das BVerfG in seiner Entscheidung BVerfGE 49, 89, 143, dass eine Verkennung des menschlichen Erkenntnisvermögens vorläge, wenn vom Gesetzgeber Regelungen gefordert würden, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließen.

<sup>540</sup> S. Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Nr. 1 Rn. 94.; zur Sozialstaatsklausel im Aufbau von grundrechtsimmanenten Ansprüchen s. *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 78 f.; hinsichtlich der Gewährleistungsverpflichtung unterteilt *Hernekamp* in ein Recht auf Gesundheitsvorsorge als präventiver Teilaspekt und einem Recht auf Gesundheitsversorgung als kurativ-rehabilitativen Teilaspekt, s. *dies.*, Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen, S. 88.

<sup>541</sup> S. *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 124.

<sup>542</sup> S. v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 60; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 96; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht Bd. IV/1, § 98 III 2; *Brosius-Gersdorf*, VerwArch 98 (2007), 317, 330 f.; das BVerfG spricht zuweilen sogar von „bestmöglicher Versorgung“, s. BVerfGE 57, 70, 99, zu verstehen ist dies im Gesamtkontext wohl als Anspruch auf eine sachgerechte Ausstattung staatlicher Krankeneinrichtungen; insgesamt bleibt zu

### III. Zwischenergebnis

Das soziale Staatsziel richtet sich auf die Herstellung und Erhaltung allgemeiner Lebensverhältnisse, die eine allgemeine Teilhabe am gesellschaftlichen Wohlstand ermöglichen und verfolgt damit einen makrosozialen Ansatz durch mikrosoziale Ergänzung und Korrektur wirtschaftlicher Lebenssachverhalte.<sup>543</sup> Der Anspruch auf eine staatliche Mindestgewährleistung im Gesundheitswesen lässt sich wie aufgezeigt aus dem grundrechtlichen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), der Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip herleiten.<sup>544</sup>

Der Staat erfüllt seine Verpflichtung zur Gewährleistung einer angemessenen Gesundheitsversorgung durch die Schaffung sog. Versorgungssysteme<sup>545</sup> und damit letztlich vorrangig durch die GKV mit ihrem Leistungskatalog, in die ca. 90 % der Wohnbevölkerung einbezogen sind.<sup>546</sup> Dieses Pflichtenprogramm wird im Krankenhausrecht bezogen auf die Gewährleistung der stationären Versorgung weiter konkretisiert.

#### D. Konturierung der staatlichen Verantwortung im Rahmen der stationären Krankenversorgung

§ 1 KHG spricht davon, dass es Zweck des Gesetzes sei, die Krankenhäuser wirtschaftlich zu sichern und damit letztlich eine bedarfsgerechte Versorgung zu *gewährleisten*. Wie aufgezeigt ist es eine aus dem Sozialstaatsprinzip und aus der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit der Patienten nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG<sup>547</sup> abgeleitete öffentliche Aufgabe, der Bevölkerung eine nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen, medizinisch-technischen und pharmakologischen Entwicklung ausgerichtete Krankenhausversorgung anzubieten.

#### I. Krankenhäuser als Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge

Viele Krankenhäuser befinden sich in öffentlicher Trägerschaft bspw. von Gemeinden. Deren Tätigkeit wird gemeinhin der öffentlichen Daseinsvorsorge

---

konstatieren, dass es im Gesundheitswesen nur geringe Unterschiede zwischen dem Existenzminimum und dem allgemeinen Versorgungsniveau gibt, vgl. m.w.N. *Arnade*, Kostendruck und Standard, S. 69; *Schmidt am Busch*, Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem, S. 237; zur Frage, ob sich aus der Verfassung bestimmte Erreichbarkeitsvorgaben in Bezug auf die räumliche Verteilung der Krankenhäuser ableiten lassen, vgl. unten Erster Teil I. F. IV. 4.

<sup>543</sup> S. *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 28 Rn. 89.

<sup>544</sup> Hierzu *Genzel/Degener-Hecke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 80 Rn. 2, welche von einer Bereithaltungs-, Versorgungs- oder zumindest Gewährleistungsaufgabe der öffentlichen Hand für Gesundheitseinrichtungen sprechen, welche je nach gesetzlicher Ausgestaltung subsidiär, vorrangig, ausschließlich oder gleichwertig alternativ wahrzunehmen ist.

<sup>545</sup> Hierzu *Schmidt am Busch*, Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem.

<sup>546</sup> Vgl. *Wenner*, GesR 2009, 169, 172; *Höfling* spricht insoweit prägnant von einem „Gesundheitsgewährleistungsstaat“, *ders.*, GesR 2007, 289, 290 f.

<sup>547</sup> Diesen Aspekt betonend *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 602.

zugerechnet. Aus der verfassungsrechtlichen Verankerung der Sozialpflichtigkeit des Staates ergibt sich als Ausgangspunkt eine staatliche Verpflichtung zur Daseinsvorsorge, in deren Rahmen auch die Versorgung im Krankheitsfall zu verorten ist.<sup>548</sup>

Der Terminus *Daseinsvorsorge* wurde maßgeblich durch den deutschen Staatsrechtler *Ernst Forsthoff* geprägt, welcher hierunter eine Grundversorgung verstand, die als Leistungsverwaltung in der Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen für die Allgemeinheit bestehe, die der einzelne nicht selbst beschaffen könne und deren Zugang unabhängig von den finanziellen Möglichkeiten der Benutzer auszugestalten sei.<sup>549</sup> Der Daseinsvorsorge kommt auch heute noch eine solche soziale Komponente zu. Welche Güter und Dienstleistungen von staatlicher Seite aus erbracht, d.h. gewährleistet werden sollen, ist Gegenstand kontroverser Diskussionen, die gesellschaftlichen Wandlungsprozessen unterliegen.<sup>550</sup>

Letztlich handelt es sich bei dem Begriff der Daseinsvorsorge um eine deskriptive Formel zur Beschreibung öffentlicher Leistungsverwaltung; hierunter fallen gemeinhin Bereiche der Verkehrsdienstleistungen, Gas-, Wasser- und Stromversorgung, Abfall- und Abwasserentsorgung, Sparkassen, Bildungs- und Kultureinrichtungen, aber ebenso die lokale Gesundheitspolitik und das Bemühen um die Gesundheit und eine gute ärztliche Versorgung der Bürger.<sup>551</sup> Der Begriff fungiert damit als Sammelbegriff für Wirtschaftsbereiche, die sich durch eine Orientierung am Gemeinwohl und Angewiesenheit des Einzelnen auf die Leistung auszeichnen.<sup>552</sup>

Auch wenn auf Grundlage des Staats- und Rechtsverständnisses des Dritten Reiches die Aufgabe der Daseinsvorsorge zunächst nicht als eine solche der Kommunen angesehen wurde, ist diese heute kommunale Realität, so dass die Gemeinden, aber auch die Kreise, verschiedenste wirtschaftliche Unternehmen tragen, unter denen die Versorgungs- und Verkehrsunternehmen besonders hervorstechen.<sup>553</sup> Die Praxis der kommunalen Daseinsvorsorge zeichnet sich durch ein Nebeneinander vielfältiger und konzeptionell nicht hinreichend

---

<sup>548</sup> Die Priorität der Daseinsvorsorge liegt in der Sicherheit und Allgemeinheit der Versorgung, die Priorität der Sozialpolitik hingegen darin, Unterschiede im Zugang zu Diensten und Gütern auszugleichen, allgemein zum Verhältnis Daseinsvorsorge und Sozialstaatsprinzip vgl. *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof, HStR II*, § 28 Rn. 64 ff.

<sup>549</sup> Hierzu *E. Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 48 ff.; zur Einordnung der Daseinsvorsorge in den europäischen Kontext s. *Knauff*, *EuR* 2010, 725.

<sup>550</sup> Hierzu auch *Leisner*, *WiVerw* 2011, 53, 56, welcher von einer Bedeutungsrenaissance des Begriffes im Gefolge der Finanz- und Wirtschaftskrise spricht.

<sup>551</sup> *S. Erbguth/Mann/Schubert*, Besonderes Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 58; *Maunz/Dürig/Mehde GG*, Art. 28 Rn. 93; *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht, S. 117; mit umfangreichen Nachweisen zu den einzelnen Bereichen der Daseinsvorsorge auch *Krajewski*, *VerwArch* 99 (2008), 174, 181 ff.

<sup>552</sup> *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 91; rechtstatsächlich ist hierbei zu konstatieren, dass viele kommunale Tätigkeiten einer „existenzsichernden“ Begründung entbehren und nicht der Deckung eines spezifischen Bedarfs dienen, mithin also über das hinausgehen, was klassisch unter dem Begriff der Daseinsvorsorge zu verstehen ist. Begründen lässt sich dies zusammenfassend damit, dass Kommunen angesichts defizitärer Haushalte versuchen, neue Einnahmequellen zu erschließen, vgl. ausführlich und mit Beispielen *Hennecke*, in: *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis KommUntern, Kap. A Rn. 1 ff.

<sup>553</sup> *S. Knauff*, *WiVerw* 2011, 80, 81.

abgestimmter Formen der Leistungserbringung aus.<sup>554</sup> Die wirtschaftliche Betätigung ist dabei als eine der vom Selbstverwaltungsrecht geschützten gemeindlichen Hoheiten anzusehen.<sup>555</sup> Zwar ist die Teilnahme am Wirtschaftsleben selbst keine eigene Aufgabenstellung, sondern nur Mittel zur Erfüllung von Aufgaben, jedoch obliegt den Gemeinden eben die Entscheidung über das Ob und Wie der Aufgabenerfüllung.<sup>556</sup> Korrespondierend statuieren nicht wenige Gemeindeordnungen eine Pflicht für Kommunen, für die Existenz eines Angebotes von Einrichtungen der öffentlichen Daseinsvorsorge zu sorgen.<sup>557</sup>

Ein Leistungsangebot durch Verwaltungseinheiten der Gemeinden, Eigenbetriebe oder rechtlich selbstständige kommunale Unternehmen bildet die traditionelle Erscheinungsform kommunaler Daseinsvorsorge.<sup>558</sup> Hiermit korrespondiert eine umfassende politische, juristische und wirtschaftliche Verantwortung für die Leistungserbringung. Die Eigenständigkeit der Kommunen erfährt hingegen eine Stärkung durch die Befugnis, auch privatrechtliche Handlungsformen einzusetzen und sich privatrechtlicher Gesellschaften zu bedienen.<sup>559</sup>

Die soziale Marktwirtschaft ist für die Rechtsordnung der Bundesrepublik Verfassungsdoktrin und normatives Staatsprinzip.<sup>560</sup> Mit ihr einher geht die Achtung der Wettbewerbsfreiheit Privater als Inhalt des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG. Dies schützt Private nicht vor Wettbewerb seitens des Staates und öffentlicher Träger, wohl aber muss sich jedes wettbewerbsrelevante Verhalten in den zentralen Wettbewerbsmechanismus von Angebot und Nachfrage einfügen lassen. So kann eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune auch im Rahmen der Daseinsvorsorge nur im Sinne einer Marktoptimierung oder als Marktersatz zulässig sein, denn es liefe auf eine dem Gemeinwohl abträgliche Ermächtigung hinaus, wenn sich die Kommunen auch zu Lasten der Privatwirtschaft wirtschaftlich betätigen dürften, obwohl letztere den öffentlichen Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllen könnten.<sup>561</sup> In diesem Sinne sehen auch die meisten Gemeindeordnungen Subsidiaritätsklauseln vor, wonach sich Gemeinden nur wirtschaftlich betätigen dürfen, wenn der öffentliche Zweck „nicht ebenso gut und wirtschaftlich“ durch Private erfüllt werden kann.

---

<sup>554</sup> Ebd.

<sup>555</sup> Maunz/Dürig/Mehde, GG, Art. 28 Rn. 92; die kommunale Selbstverwaltung der kreisangehörigen Gemeinden, der kreisfreien Städte und Landkreise ist ein traditioneller Kernbestandteil des deutschen Staatsrechts, der in Art. 28 Abs. 2 GG abgesichert ist und hierbei eine Staatsfundamentalnorm darstellt; die Selbstverwaltung ist janusköpfig in einem politischen und juristischen Sinne und enthält primär ein verfassungsrechtliches Staatsaufbauprinzip, bedeutet aber sekundär auch politisch-administrative Dezentralisation, ausführlich s. Sachs/Nierhaus, GG, Art. 28 Rn. 33 f.

<sup>556</sup> Statt vieler Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 146 ff.

<sup>557</sup> Als Beispiel sei § 8 Abs. 1 GO NRW zu nennen, wonach die Gemeinden innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen schaffen.

<sup>558</sup> S. Knauff, WiVerw 2011, 80, 88.

<sup>559</sup> S. ebd.

<sup>560</sup> Zur juristischen Rezeption dieses Konzepts vor allem Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik.

<sup>561</sup> Leisner, WiVerw 2011, 55, 72 f.; Ehlers, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis KommUntern, Kap. B Rn. 64.

## II. Der verfassungsrechtliche Sicherstellungsauftrag<sup>562</sup> der stationären Krankenversorgung

Die Verpflichtung zur Sicherstellung der stationären Krankenversorgung ist eng mit der Grundkonzeption eines Gewährleistungsstaates verknüpft und letztlich einfachgesetzlich auf die Länder und Kommunen übertragen.<sup>563</sup>

### 1. Sicherstellungsaufträge und Gewährleistungsstaat

Der Begriff *Sicherstellungsauftrag* findet seine Wurzeln zunächst in Art. 87e Abs. 4<sup>564</sup> und 87f Abs. 1 GG<sup>565</sup>. Im Rahmen der Eisenbahn, Telekommunikation und des Postwesens geht es um die auf Dauer angelegte Staatsaufgabe des Bundes, die inhaltlich darauf gerichtet ist, marktwirtschaftlich bedingte Nachteile für die Grundversorgung der Bevölkerung mit den Instrumentarien des Wirtschaftsverwaltungsrechts zu verhindern.<sup>566</sup> Dies geht zumeist einher mit Regulierungs- und Reglementierungsmechanismen, insbesondere durch Auferlegung von Pflichten, und der Begründung von Aufsichts- und Kontrollbefugnissen.<sup>567</sup> Ein ähnliches Gedankenmuster lässt sich auch im Krankenhauswesen feststellen.

Allgemein findet sich der Begriff Sicherstellungsauftrag im Rahmen der Diskussion der Begrenzung von Staatsaufgaben. Es ist insoweit im Kontext des sog. Gewährleistungsstaates zu sehen.<sup>568</sup> Nach der gängigen Definition versteht man unter einem Gewährleistungsstaat „den an seiner konkreten Gemeinwohlverantwortung<sup>569</sup> festhaltenden Staat, der zwar die Instrumente zur eigenhändigen [...] Aufgabenverfüllung aufgegeben hat, gleichwohl aber den prinzipiellen sozialgestalterischen Anspruch des erfüllenden Wohlfahrtsstaates in dem Sinne fortführt, dass er auf bestimmte positive gesellschaftliche

---

<sup>562</sup> Zur Sicherstellung als Modalität der Staatsaufgabenerfüllung vgl. *Butzer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 1 ff.

<sup>563</sup> Der vorliegende verfassungsrechtliche Sicherstellungsauftrag ist zu unterscheiden von dem sozialstaatlichen Gewährleistungsauftrag der §§ 2, 37 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 39 Abs. 1 und 73 Abs. 4 SGB V, der die auf mitgliedschaftlicher Grundlage beruhende Verpflichtung der gesetzlichen Krankenkassen zur notwendigen Krankenhausbehandlung der Versicherten beinhaltet.

<sup>564</sup> Art. 87e Abs. 4 GG normiert eine am Allgemeinwohl orientierte Gewährleistungsverpflichtung des Bundes für das Schienennetz, dessen Ausbau und Erhalt sowie das Verkehrsangebot, vgl. *Ruge*, S/H/H, Art. 87e Rn. 30.

<sup>565</sup> Art. 87f Abs. 1 GG normiert eine Gewährleistungspflicht des Bundes zum Universaldienst für flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistung i.S.e. regionalen Grundversorgung mit Post- und Telekommunikationsdienstleistungen. Zur inhaltlichen Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Auftrags kommt zuvorderst das Mittel der staatlichen Regulierung des Post- und Telekommunikationswesens in Betracht, s. ebd., Art. 87f Rn. 15.

<sup>566</sup> S. *Butzer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 1.

<sup>567</sup> Instruktiv für den Post- und Telekommunikationsbereich, *Kämmerer*, Privatisierung, S. 507 ff.

<sup>568</sup> Hierzu vgl. etwa *Wallrabenstein*, Versicherung im Sozialstaat, S. 236 ff.

<sup>569</sup> instruktiv zur Verortung der Gemeinwohlverantwortung zwischen Markt und Staat, *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 24 ff.

Verhältnisse und Zustände zielt und sich weiterhin in einer Letztverantwortung für sie sieht“.<sup>570</sup>

Der Grundgedanke ist, dass ein Staat durch zwei verschiedene Möglichkeiten der Leistungserbringung geprägt sein kann. Er kann diese zentral übernehmen und damit die Zuteilung selbst vornehmen oder er kann den jeweiligen Akteuren die Leistung auferlegen bzw. überlassen und lediglich den Handlungsrahmen schaffen.<sup>571</sup> Die letztere Alternative ist der zumeist gewählte Weg und lässt damit die Marktteilnehmer über die Distribution von Ressourcen entscheiden. In einem Gewährleistungsstaat wird nun zwar die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen privatisiert, gleichzeitig werden aber Ingerenzmöglichkeiten vorbehalten, so dass zwar die Durchführung der Aufgabe verlagert wird, nicht aber die Letztverantwortung für die Erreichung des Ziels.<sup>572</sup> Dem Staat kommt dabei eine strategische Rolle zu, indem er für die Bestimmung der Aufgaben und für die Sicherstellung zuständig ist.<sup>573</sup> Insgesamt wandelt sich die in Rede stehende Staatsaufgabe von einer Erfüllung- zu einer Gewährleistungsaufgabe, in der der Staat die Rolle eines sozialen Moderators einnimmt.<sup>574</sup>

Der Staat ist damit grundsätzlich nicht mehr unmittelbar an der Leistungserbringung beteiligt, hat für diese aber Sorge zu tragen, z.B. durch die Steuerung und Schaffung der notwendigen Voraussetzungen, wie etwa die Bereitstellung von Infrastruktur oder durch die Koordination gesellschaftlicher Eigenaktivitäten.<sup>575</sup> Damit wird nicht mehr die Erfüllung bestimmter Aufgaben in bestimmter Weise garantiert, sondern die Möglichkeit der Verfolgung und Erreichung gemeinwohlorientierter Ziele gesteuert.<sup>576</sup> Sicherstellungsverantwortung bedeutet aber auch eine Pflichtenverdichtung bei Gefährdung der Zielerreichung, so dass der Staat insoweit wieder in eine Primärverantwortung hineinwachsen kann.<sup>577</sup> Damit geht es zusammengefasst um die Koordinierung

---

<sup>570</sup> M.w.N. bei Butzer, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 60; Das Bild des Gewährleistungsstaates trennt damit zwischen dem, was der Staat gewährleisten muss, und der Frage, wie eine staatliche Gewährleistungsverpflichtung umgesetzt werden kann, vgl. Wallrabenstein, Versicherung im Sozialstaat, S. 241; die Diskussion um das Staatsbild wurde insbesondere angestoßen durch politik- und sozialwissenschaftliche Debatten über das Versagen klassisch hoheitlicher Aufgabenerfüllung und unterlegt durch betriebswirtschaftliche Vorschläge zur Effizienzsteigerung in der öffentlichen Verwaltung, vgl. m.w.N. Höfling, GesR 2007, 289, 290; als Leitbild bringt der Terminus eine Veränderung in dem Modus staatlicher Aufgabenwahrnehmung zum Ausdruck, weg von der eigenen Erfüllung der Aufgaben hin zu der Schaffung eines Rahmen für Private durch Konturierung regulativer Vorgaben, vgl. Schoch, NVwZ 2008, 241.

<sup>571</sup> Hierzu Martini, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, S. 3.

<sup>572</sup> M.w.N. Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 67.

<sup>573</sup> Ebd.

<sup>574</sup> Martini, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, S. 3; bezweckt ist damit eine Förderung der Marktkräfte durch gestalterische Organisation des Wettbewerbs unter Berücksichtigung besonderer Gemeinwohlbelange, etwa soziale Aspekte, für die eine besondere Gemeinwohlverantwortung besteht, vgl. Franzius, Gewährleistung im Recht, S. 76.

<sup>575</sup> Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 78.

<sup>576</sup> Franzius, Gewährleistung im Recht, S. 12.

<sup>577</sup> Anders aber etwa im Bereich des Postwesens, wo Art. 87f Abs. 2 GG es dem Staat verbietet, die Aufgabe eigenhändig zu erfüllen, vgl. etwa Franzius, Gewährleistung im Recht, S. 10 f.; instruktiv zur Umschreibung als Garantienpflicht, Kämmerer, Privatisierung, S. 474 ff.

verschiedener Handlungsrationaltäten, die Mobilisierung der Gemeinwohlbeiträge durch private Akteure und schließlich um die Problemlösung bei Versagen der gemeinwohlverträglichen Ausübung privater Macht.<sup>578</sup>

Verstärkte Einflussnahme erfolgt dann, wenn der Markt vom Staat als unerwünscht angesehene Ergebnisse produziert. So insbesondere im Gesundheitswesen aufgrund vielfach erkannter Marktfehler.<sup>579</sup> Einer marktorientierten Ressourcenallokation folgt nicht immer ein solches Ergebnis, welches unter Gemeinwohlgesichtspunkten als wünschenswert erscheint. Dies dient als Rechtfertigung für ordnungsrechtliche Eingriffe des Staates, als Beispiele zu nennen sind hier die Regeln zur Krankenhausplanung und -finanzierung.<sup>580</sup>

Zusammengefasst geht es dem Gewährleistungsstaat um die Bereitstellung der rechtlichen Infrastruktur für die private Leistungserbringung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, aber eben auch sozialer Belange, mithin die Aktivierung privater Kräfte im Rahmen gemeinwohlsichernder Regelungsstrukturen.<sup>581</sup>

## **2. Grundstrukturen und Umsetzung der staatlichen Gewährleistung in anderen Wirtschaftszweigen – Modell der Universaldienstleistung**

Es sei erneut daran erinnert, dass die Sicherstellungs- bzw. Gewährleistungsverantwortung kein Unikum des Krankenhausrechts, sondern auch in anderen Bereichen, insbesondere im Rahmen der sog. Infrastrukturverantwortung zu finden ist. Von Interesse sind dabei insbesondere die Gewährleistungsklauseln der Art. 87e Abs. 1 GG und Art. 87f Abs. 1 GG in den Bereichen des Post- und Telekommunikationswesens sowie auf dem Gebiet der Eisenbahn.<sup>582</sup> Nach erfolgter Marktöffnung entstanden in diesen Bereichen die Universaldienstleistungsverpflichtungen als Ausfluss staatlicher Gewährleistungsverantwortung.<sup>583</sup>

---

<sup>578</sup> Hierzu Kay, Regulierung, S. 82.

<sup>579</sup> Franzius spricht von liberaler Marktconstitution und sozialer Marktkorrektur, *ders.*, Gewährleistung im Recht, S. 135.

<sup>580</sup> Die neuere Verwaltungsrechtsentwicklung zielt damit auf die Organisation, Förderung und Optimierung von Märkten und Wettbewerbsstrukturen, denen der Gesetzgeber eine sozial gerechte Selbstorganisationsfähigkeit abspricht, vgl. m.w.N. Höfling, GesR 2007, 289, 290.

<sup>581</sup> So auch Franzius, Gewährleistung im Recht, S. 77; ferner Schoch, NVwZ 2008, 241, 242.

<sup>582</sup> Im Übrigen zu der Reichweite der kommunalen Gewährleistungsverantwortung in den Bereichen der Abfallentsorgung, der Abwasserbeseitigung, des ÖPNV und der Energieversorgung vgl. Britz, Die Verwaltung (37) 2004, 145, 151 ff; ferner allgemein zur staatlichen Gewährleistungsverantwortung im Rahmen der (privatisierten) Daseinsvorsorge, Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rn. 505; speziell zur Infrastruktur-gewährleistung im Bereich der Telekommunikation, sowie mit Ausführungen zum Verhältnis des Art. 87f Abs. 1 GG zur Sozialstaatsklausel des Art. 20 Abs. 1 GG Freund, NVwZ 2003, 408; vgl. insgesamt zur Umsetzung des Gewährleistungsauftrags im Bereich der Eisenbahn durch Regulierung, Finanzierung und Beteiligungsverwaltung vgl.

Sachs/Windthorst, GG, Art. 87e Rn. 65 ff.

<sup>583</sup> Burgi, VerwArch 93 (2002), 255, 268.

Im Postwesen und in der Telekommunikation sind Dienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter zu erbringen, Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG. Der Bund hat jedoch in diesen Bereichen gem. Art. 87f Abs. 1 GG flächendeckend angemessene<sup>584</sup> und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.<sup>585</sup>

Als zentrale einfachgesetzliche Ausprägung des verfassungsrechtlichen Infrastrukturleistungsauftrages kann das Recht der Universaldienstleistungen gem. §§ 78 ff. TKG sowie §§ 11 ff. PostG gesehen werden.<sup>586</sup> § 78 Abs. 1 TKG definiert Universaldienstleistungen als „ein Mindestangebot an Diensten für die Öffentlichkeit, für die eine bestimmte Qualität festgelegt ist und zu denen alle Endnutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen und deren Erbringung für die Öffentlichkeit als Grundversorgung unabdingbar geworden ist“.<sup>587</sup>

Insoweit besteht für den Bund eine Pflicht zur Schaffung geeigneter rechtlicher Maßnahmen zur Aufrechterhaltung und Fortentwicklung des verfassungsrechtlich gebotenen Versorgungsniveaus. Allerdings ist er durch das Privatisierungsgebot des Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG an der Erfüllung der Verpflichtung durch eigene Dienstleistungen verhindert, sodass die Aufgabe durch die Einwirkung auf den privatwirtschaftlichen Post- und Telekommunikationsbereich umzusetzen ist.<sup>588</sup> Zentrales Mittel zur Pflichtenwahrnehmung ist die hoheitliche Regulierung, die auch auf Förderung und Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs zielt.<sup>589</sup> Dabei sehen die §§ 78 ff. TKG und §§ 12 ff. PostG komplexe Mechanismen von Ausschreibung der Universaldienstleistung und Auferlegung entsprechender Pflichten unter Ausgleich daraus resultierender finanzieller Nachteile des Unternehmens vor.

Das Modell der Universaldienste macht deutlich, dass von den privaten Leistungserbringern ein bestimmtes Leistungsniveau verlangt und auch von staatlicher Seite verantwortet wird, im Falle eines Unterschreitens i.S.e. Unterversorgung aber hoheitliches Handeln „diesseits der Eigenerbringung“ möglich und ausreichend ist.<sup>590</sup> Die Sicherstellung erfolgt durch ein Stufenmodell, in dem sich der Pflichtenstatus der Anbieter kontinuierlich aufbaut.<sup>591</sup>

---

<sup>584</sup> Zu dem Merkmal der Flächendeckung vgl. Sachs/*Windthorst*, GG, Art. 87f Rn. 13.

<sup>585</sup> Der staatliche Sicherungsauftrag soll mit den Worten des BVerfG verhindern, „dass es bei und nach der Privatisierung zu einer Unterversorgung mit Dienstleistungen kommt, weil der Wettbewerb (noch) nicht funktioniert oder sich auf lukrative Bereiche beschränkt“, BVerfGE 108, 370 (393) = NVwZ 2004, 329.

<sup>586</sup> Allgemein zum Konzept der Universaldienstleistungen *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 566 ff.

<sup>587</sup> Ähnlich § 11 Abs. 1 S. 1 PostG: „Universaldienstleistungen sind ein Mindestangebot an Postdienstleistungen [...], die flächendeckend in einer bestimmten Qualität und zu einem erschwinglichen Preis erbracht werden; vgl. ferner zur Rolle der Universaldienstleistung im Rahmen der staatlichen Infrastrukturverantwortung *Cornils*, AöR 131 (2006), 378.

<sup>588</sup> Sachs/*Windthorst*, GG, Art. 87f Rn. 14.

<sup>589</sup> Ebd. Rn. 16.

<sup>590</sup> *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 566 f.

<sup>591</sup> Ebd., S. 567.



Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Gewährleistungs- und Letztverantwortung bereichsspezifisch zu sehen ist, so dass sich je nach Aufgabenfeld verschiedene Ausgestaltungsmodalitäten ergeben können.<sup>592</sup> Allgemein bleibt dabei festzuhalten, dass das Zurückfahren staatlicher Tätigkeit im Rahmen von Privatisierungsmaßnahmen tendenziell auch mit einem Verlust an Gestaltungsmacht verbunden ist, welche durch entsprechende Einflussnahmemöglichkeiten zu begrenzen versucht wird.<sup>593</sup>

### 3. Verpflichtung zur Sicherstellung der bedarfsgerechten stationären Versorgung

Der Bundesgesetzgeber hat in den §§ 1, 6 KHG den Ländern die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern auferlegt. Damit ist die Krankenhausversorgung der Bevölkerung im Grundsatz Aufgabe der Länder.<sup>594</sup> Gemeinden und Gemeindeverbände wirken jedoch im Rahmen der jeweiligen Landeskrankenhausesetze an der Sicherstellung der Krankenversorgung mit und tragen hierfür die ihnen übertragene *Letztverantwortung*.<sup>595</sup> Dies wird nicht zuletzt dadurch deutlich, dass viele Landeskrankenhausesetze den staatlichen Sicherstellungsauftrag zu einer Pflicht<sup>596</sup> der Kommunen zur Errichtung und zum Betrieb von Krankenhäusern in eigener Trägerschaft verdichten, *soweit eine Versorgungslücke besteht*, also die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern nicht durch andere Träger sichergestellt ist.<sup>597</sup> Die Pflicht der Kommunen besteht mithin nur subsidiär. Die Gemeinden sind nicht zwangsläufig zum Vorhalten eines eigenen Krankenhauses verpflichtet. Besonders der Grundsatz der Beachtung der Trägerpluralität führt dazu, dass kein Vorrang kommunaler Krankenhausträger bei planerischen und förderrechtlichen Entscheidungen besteht.<sup>598</sup> Dieser Pflichtenkanon kommt in den Landeskrankenhausesetzen zum Ausdruck. So heißt es in § 1 Abs. 3 S. 2 KHGG NRW: „Falls sich kein anderer geeigneter Träger findet, sind Gemeinden und Gemeindeverbände verpflichtet, Krankenhäuser zu errichten und zu betreiben, kreisangehörige Gemeinden jedoch nur, wenn sie die erforderliche Finanzkraft besitzen“. Das Bundesland Bremen formuliert dies in § 3 Abs. 3 S. 1 BremKrHG noch etwas deutlicher: „Die Stadtgemeinden Bremen und Bremerhaven haben sicherzustellen, dass die nach dem Krankenhausplan

---

<sup>592</sup> Vgl. Schoch, NVwZ 2008, 241, 242.

<sup>593</sup> Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 276.

<sup>594</sup> S. statt vieler Thoma, Krankenhausplanungsrecht, S. 117.

<sup>595</sup> Bspw. § 1 Abs. 2, 3 KHGG NRW; § 3 Abs. 1, 2 LKHG Hessen; § 1 LKHG Niedersachsen; hierzu auch Schmidt am Busch, Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem, S. 263, welche betont, dass die kommunalen Krankenhäuser über die Bundes- und Landesgesetzgebung in ein öffentliches Planungssystem einbezogen sind, in dem den Kommunen die Letztverantwortung für die Sicherstellung zugewiesen ist.

<sup>596</sup> Grundsätzlich ist Krankenversorgung zunächst nur eine öffentliche Aufgabe. Öffentliche Aufgaben umfassen diejenigen Tätigkeitsbereiche, welche im Interesse der Allgemeinheit wahrgenommen werden, wobei damit noch nichts über die Aufgabenträgerschaft gesagt ist, vgl. m.w.N. Buse, Geeignete Rechtsformen für kommunale Krankenhäuser, S. 128 ff.

<sup>597</sup> So § 1 Abs. 3 S. 2 KHGG NRW; hierzu auch Dettling/Würtenberger, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 85.

<sup>598</sup> Ebd.

bedarfsgerechten Krankenhäuser errichtet und betrieben werden, und, falls sich kein anderer geeigneter Träger findet, die erforderlichen Krankenhäuser selbst zu errichten und zu betreiben“.

Gegenstand des Sicherstellungsauftrages ist es, die Bürger mit den im Bedarfsfall notwendigen Krankenhausleistungen zu versorgen; jeder Bürger muss in angemessener Zeit und angemessener Entfernung von seinem Wohnort aus die Möglichkeit haben, sich zur Behandlung in ein Krankenhaus zu begeben.<sup>599</sup> Diese Verpflichtung gilt auch im Falle der Aufgabenauslagerung i.S.e. materiellen Privatisierung dergestalt, dass der Staat sicherzustellen hat, dass die private Aufgabenerledigung auch weiterhin zu gemeinwohlverträglichen Ergebnissen führt.<sup>600</sup> Für die Erfüllung des sozialstaatlichen Sicherstellungsauftrages steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu, wobei er die Trägerpluralität, die Autonomie der Träger, den Grundsatz der Subsidiarität bei der Leistungserfüllung, sowie die gesamtwirtschaftlichen Grenzen der Finanzierung des Versorgungssystems zu berücksichtigen hat.<sup>601</sup> Der Sicherstellungsauftrag wird durch bundes- und landesrechtliche Regelungen weiter ausgestaltet.

Diese Aufgabe wird weiterhin einerseits über die Bereitstellung von Fördermitteln, andererseits auch über den Betrieb eigener, öffentlich-rechtlicher Einrichtungen erfüllt.<sup>602</sup> Weiterhin bedienen sich die staatlichen Stellen zur Sicherstellung gerade auch privater Träger.<sup>603</sup> Ein weiteres Steuerungsinstrument zur Verfolgung des Sicherstellungsauftrags ist der jeweilige Krankenhausplan eines Landes. Dieser ist Teil der sog. Regulierungsverwaltung, welche sich durch hoheitlich organisierte Verknüpfung von Wettbewerbsstrukturen mit Gemeinwohlbelangen auszeichnet.<sup>604</sup> Dabei muss die Krankenhauszielplanung der Länder gemäß § 1 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 KHG letztlich darauf gerichtet sein, dass sich die richtigen Krankenhäuser am richtigen Platz befinden.<sup>605</sup> Dies wiederum setzt eine adäquate regionale Verteilung der Krankenhauskapazitäten voraus, mithin eine regional ausgeglichene Versorgung und ein *flächendeckendes Netz* von möglichst wohnortnahen und gleichmäßig verteilten Krankenhäusern.<sup>606</sup>

Der Sicherstellungsauftrag verpflichtet den Staat, sich selbst in die Lage zu versetzen, für die Funktionsfähigkeit der Krankenhausversorgung einzustehen und i.S.e. Auffangverantwortung zu garantieren, dass die Aufgaben auch bei Schlechterfüllung oder sogar Totalausfall des privaten Leistungsanbieters erfüllt werden.<sup>607</sup> Letztlich sind alle Sicherstellungsaufträge deshalb in erster Linie eine Frage des verwaltungsrechtlichen Steuerungspotentials und dessen konkreter Umsetzung. Insgesamt verfolgt der Bund das Ziel durch eine zentralstaatliche Steuerung des Krankenhauswesens, welche sich insbesondere in

---

<sup>599</sup> Friedrich/Leber, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 14.

<sup>600</sup> S. Butzer, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 23.

<sup>601</sup> Genzel/Degener-Hecke, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 80 Rn. 5.

<sup>602</sup> Wasem/Walendzik/Thomas, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 12.

<sup>603</sup> Richtig deshalb Quaas, KH 2001, 40, 43.

<sup>604</sup> So etwa Vollmöller, KSzW 2012, 187, 189.

<sup>605</sup> S. Dettling/Würtenberger, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 1 KHG Rn. 76.

<sup>606</sup> Ebd.; ferner Beivers/Spangenberg, IzR 2008, 91.

<sup>607</sup> Butzer, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 54.

den Regelungen zur Bedarfsplanung und zur Qualitätssicherung zeigt.<sup>608</sup> Die Frage und der Umfang der Regulierung im Krankenhauswesens ist damit eine Folge daraus, dass den Staat eine Gewährleistungsverantwortung trifft.<sup>609</sup>

### **III. Umsetzung der staatlichen Sicherstellungsverantwortung im Fall der Krankenhausprivatisierung**

Insbesondere die stärkere Leistungsorientierung der Vergütung und der damit verbundene Wettbewerb unter den Krankenhäusern um Patienten verschärft das Risiko, die Betriebskosten wegen fehlender Auslastung nicht voll refinanzieren zu können.<sup>610</sup> Die dadurch entstehenden Defizite belasten die kommunalen Haushalte und leiten zu der Entscheidung, kommunale Krankenhäuser zu privatisieren.

In den Fällen erfolgter Privatisierung von Krankenhäusern stellt sich die Frage, durch welche Steuerungsmechanismen die verpflichtete Kommune ihrer Sicherstellungsverantwortung nachkommen kann.

#### **1. Kontinuität der subsidiären Pflichtigkeit der Kommune**

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Gemeinde nicht durch die gewählte Organisationsform der Verantwortung erledigen kann. Auch bei der Wahl der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft bleibt der Staat, und damit die durch die Landeskrankenhausgesetze in die Pflicht genommenen Kommunen, jedenfalls subsidiär zur Aufrechterhaltung der Krankenhausversorgung verpflichtet, soweit sich kein anderer Träger findet.<sup>611</sup> Der Staat wird auch bei Inanspruchnahme privater Strukturen nicht zu einem Privatrechtssubjekt, sondern bleibt Zurechnungssubjekt aller Ausübung von Staatsgewalt und damit auch an verfassungsrechtliche Bindungen gebunden.<sup>612</sup> Die Pflichtenbindung in Bezug auf die Sicherstellung der stationären Versorgung kann also nicht durch bloße Inanspruchnahme eines „technischen Normenkomplexes“ abgestreift werden.<sup>613</sup>

#### **2. Wahrnehmung des Sicherstellungsauftrages durch Steuerung und Kontrolle kommunaler Eigengesellschaften**

Eine Form der Privatisierung, die zu einer Verbesserung des Betriebsmanagements und der Wirtschaftlichkeit führen soll, ist die Auslagerung und

---

<sup>608</sup> So auch *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 124 ff.

<sup>609</sup> Letztlich ist es Ziel, gemeinwohlorientierte Versorgungsziele unter Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten, vgl. hierzu im Gesamtkontext der Frage, ob das Krankenhausrecht als typisches Regulierungsrecht zu betrachten sei, *Möstl*, FS Oberender, 503, 514 f.

<sup>610</sup> Vgl. *Friedrich/Leber*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 14.

<sup>611</sup> Speziell für den Krankenhausbereich *Vallender*, ZinsO 2016, 773, 780.

<sup>612</sup> So *Ehlers*, in: *ders./Pünder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 89; vgl. m.w.N. *Buse*, Geeignete Rechtsformen für kommunale Krankenhäuser, S. 134.

<sup>613</sup> So *ebd.*, Rn. 90; ferner *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht § 23 Rn. 60 („Der Grund für diese besondere Bindung wird darin gesehen, dass das Verwaltungsrecht keine ‘Flucht ins Privatrecht’ gestattet. Die Exekutive kann sich also nicht der öffentlich-rechtlichen Bindungen entledigen, indem sie ihr Handeln auf die privatrechtliche Ebene stellt.“); ebenso bereits *Quaas*, KH 1992, 59 ff.; ausführlich zudem *Lambrecht/Vollmöller*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 16 Rn. 12 m.w.N.

Übertragung bestimmter Ausgaben auf kommunale Eigengesellschaften.<sup>614</sup> Die Kommune muss sich aber Einwirkungsmöglichkeiten vorbehalten, um ihrer subsidiären Verpflichtung im Bedarfsfall nachkommen zu können.<sup>615</sup> Dies wird im Übrigen aber auch im ureigensten Interesse der verpflichteten Kommune liegen.<sup>616</sup> Die Einwirkung der Kommune erfolgt zumeist über die Vertreter in der Gesellschafterversammlung, welche gem. § 37 Abs. 1 GmbHG<sup>617</sup> der Geschäftsführung der kommunalen Krankenhausgesellschaft Weisungen erteilen können.<sup>618</sup>

Weiterhin muss die Erfüllung des Zwecks, hier die Krankenversorgung, auch nach der Privatisierung gewährleistet sein.<sup>619</sup> Hieraus ergibt sich beispielsweise die Pflicht, im Gesellschaftsvertrag der Krankenhausgesellschaft die öffentliche Zweckbindung und ein ausreichendes Maß an Einfluss der Kommune auf den Träger sicherzustellen.<sup>620</sup>

---

<sup>614</sup> Man spricht insoweit von einer formellen Privatisierung, vgl. hierzu bereits *Kuhl/Wagner*, ZIP 1995, 433; oftmals wird ein vormaliger Eigen- oder Regiebetrieb als ökonomisch-organisatorische Einheit im Wege der Einzelrechtsnachfolge oder der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung auf einen Privatrechtsträger überführt, s. *Bornheimer*, FS Görg, S. 71, 82; die Vorteile liegen in einer schlankeren Entscheidungsstruktur, die langwierige politische Entscheidungsfindungen auf Grundsatzentscheidungen beschränkt sowie in der Möglichkeit, Kooperationen und Fusionen einzugehen, vgl. *Friedrich/Leber*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 17; monographisch ferner *Füchtenkord*, Fusion von Krankenhausträgern.

<sup>615</sup> Zu einer ausführlichen Herleitung vgl. *Buse*, Geeignete Rechtsformen für kommunale Krankenhäuser, S. 138 ff.; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 227 f.; ferner *Häußermann*, Die Steuerung der kommunalen Eigengesellschaft, S. 91 ff.; vgl. auch die Regelungen in den Gemeindeordnungen der Länder, bspw. § 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NRW.

<sup>616</sup> Zu Fragen des Beteiligungsmanagements insbesondere in Krisenzeiten und mit dem Hinweis, dass dieses darauf hinwirken sollte, die Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden vgl. *Flöther/Gundlach*, NVwZ 2016, 881, 884.

<sup>617</sup> Dies stellt neben der größeren Regelungsfreiheit den entscheidenden Rechtsformvorteil der GmbH gegenüber der Aktiengesellschaft dar, vgl. *Oebbecke*, in: *Hoppe/Uechtritz/Reck*, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 8 Rn. 32; zudem untersagen die meisten Gemeindeordnung die Nutzung einer Aktiengesellschaft, vgl. etwa § 108 Abs. 4 GO NRW, wonach „die Gemeinde [...] Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nur gründen, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen [darf], wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann.“

<sup>618</sup> Vgl. *Lambrecht/Vollmöller*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 16 Rn. 17; wer eine Gebietskörperschaft in der Gesellschafterversammlung einer Krankenhaus-GmbH vertritt, richtet sich nach dem jeweils einschlägigen Kommunalrecht. Vertreter ist regelmäßig der Landrat/Bürgermeister oder deren allgemeiner Stellvertreter, s. *Leinekugel*, in: *Saalfrank*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 6 Rn. 433, 450 ff.

<sup>619</sup> *Lambrecht/Vollmöller*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 16 Rn. 14; Ausführlich zur Frage der Privatisierung von Staatsaufgaben, s. bspw. *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, welcher Fragen der Privatisierung in einen übergeordneten Kontext mit den Staatsaufgaben stellt und hier ein juristisch-dogmatisches Konzept erarbeitet, im Besonderen zur kommunalen GmbH s. *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH, sowie zu Fragen kommunaler Wirtschaftspolitik s. *Börgmann-Dehina*, Auswirkungen von Privatisierungen auf die kommunale Wirtschaftspolitik.

<sup>620</sup> Das Kommunalrecht gibt den Kommunen für eine Reihe von Fragen Leitlinien der Ausgestaltung vor, dabei geht es um die dauerhafte Ausrichtung auf den öffentlichen

### 3. Steuerungsmechanismen im Fall der materiellen Privatisierung<sup>621</sup>

Eine weitergehende materielle Privatisierung wird insbesondere dann in Betracht gezogen, wenn die Defizite der einzelnen Einrichtungen nicht mehr durch kommunale Träger ausgeglichen werden können, was angesichts der Überschuldung vieler Kommunen keine Seltenheit ist.<sup>622</sup> Im Rahmen der materiellen Privatisierung wird das Eigentum an einem öffentlichen Unternehmen an ein privates Unternehmen veräußert, wobei der öffentliche Träger sich komplett zurückziehen oder mit einer Minderheitsbeteiligung weiterhin beteiligt bleiben kann.<sup>623</sup> Dem Grundgesetz lässt sich kein Privatisierungsverbot für den Krankenhausmarkt entnehmen; entscheidet sich eine Kommune dafür, ein Krankenhaus zu privatisieren, handelt sie im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsgarantie.<sup>624</sup>

Auch und gerade im Rahmen der materiellen Privatisierung von Unternehmen gilt, dass diese die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht beeinträchtigen darf.<sup>625</sup> Einer materiellen Privatisierung wesensimmanent ist, dass die

---

Zweck, die Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos, die Sicherstellung des kommunalen Einflusses, die Wirtschaftsplanung und Rechnungslegung, vgl. *Oebbecke*, in: Hoppe/Uchtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 8 Rn. 33; hierzu ausführlich auch *Buse*, Geeignete Rechtsformen für kommunale Krankenhäuser, S. 94 ff., welcher auch auf das Dilemma hinweist, dass sich Effizienzgewinne erst dann realisieren lassen, wenn der Geschäftsführung ein erheblicher Spielraum zur Verfügung steht, andererseits aber Einflussmöglichkeiten verbleiben müssen; zum Verhältnis von Gesellschafts- und Kommunalwirtschaftsrecht vgl. etwa *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 239 ff.; ferner vgl. *Flöther/Gundlach*, NVwZ 2016, 881, 882; das kommunale Wirtschaftsrecht will damit insbesondere den gebotenen demokratischen Einfluss sichern, vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 226 ff; so lautet auch die Vorgabe in § 106 Abs.1 Nr. 6, 7 GO NRW; vgl. zu Aspekten des Gesellschaftsvertrages *Strohe/Meyer-Wyk/Köhler*, KH 2003, 991, 998.

<sup>621</sup> Einführend zu Fragen der Privatisierung s. *Fleckenstein*, MedR 2002, 510; *Stein/Klöck/Althaus*, NZS 2011, 525, 527; die Möglichkeit einer Steuerung setzt notwendigerweise einen Privatisierungsvorgang voraus; hiervon zu unterscheiden ist, dass ein privater Krankenhausträger einen neuen Krankenhausstandort „auf grüner Wiese“ eröffnet.

<sup>622</sup> Hierzu auch *Friedrich/Leber*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 1, die darauf hinweisen, dass die Einführung des DRG-Systems und die damit verbundene stärkere Leistungsorientierung der Vergütung den Wettbewerb unter den Einrichtungen um Patienten erhöht hat und damit auch das Risiko einhergeht, die Betriebskosten wegen fehlender Auslastung des Hauses nicht voll durch die Krankenkassen refinanziert zu bekommen.

<sup>623</sup> S. ebd. Rn. 5; als private Träger sind insbesondere zu nennen die *Rhön-Klinikum AG*, der *Fresenius Helios SE & Co. KGaA* und die *Sana Kliniken AG*; weitergehend s. *Essing/Kürten*, KommJur 2015, 366 ff., sowie *Stüwe*, Dtsch. Ärztebl 2014, 35 f.

<sup>624</sup> *Lambrecht/Vollmöller*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 16 Rn. 11; vgl. ferner *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 225 f.; *Oebbecke*, in: Hoppe/Uchtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 8 Rn. 1; unklar insoweit *Siegel*, KH 2011, 595, 596.

<sup>625</sup> Vgl. etwa § 111 Abs. 1 GO NRW; ebenso zu berücksichtigen sind Fragen des Vergabe- und Arbeitsrechts, sowie gesellschaftsrechtliche Fragen der Gestaltung des neuen Trägers, hierzu m.w.N. *Essing/Kürten*, KommJur 2015, 366, 369; monographisch zur Reichweite der Einwirkungsmöglichkeiten der Kommune im Krankenhaussektor auch *Buse*, Geeignete Rechtsformen für kommunale Krankenhäuser, S. 127 ff.

staatliche Stelle an Einflussnahmemöglichkeiten verliert. Diesem Umstand kann entgegengewirkt werden, indem der Käufer mit entsprechenden Vereinbarungen zur bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen verpflichtet und festgehalten wird, welche Abteilungen und Angebote zur Erfüllung dieser Verpflichtung vorgehalten werden müssen.<sup>626</sup> Bei der Vertragsgestaltung im Rahmen der materiellen Privatisierung kann außerdem das Recht zur Übernahme eines Krankenhauses durch die Kommune für den Fall vorgesehen werden, dass die erwerbende Gesellschaft die ihr übertragende Aufgabe nicht mehr ausreichend erfüllt und dadurch die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen gefährdet ist.<sup>627</sup> Möglichkeiten sind hier etwa entsprechende Heimfallklauseln im Erbbaurechtsvertrag oder eine Rückübertragungsverpflichtung des Erwerbers im Rahmen der Grundstücksübergabe.<sup>628</sup>

#### **IV. Zusammenfassung**

Es wurde aufgezeigt, dass sich aus dem Sozialstaatsprinzip der allgemeine stationäre Sicherstellungsauftrag des Staates ableitet. Insoweit ist die Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern eine verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabe im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge. Der Sicherstellungsauftrag wird in erster Linie durch die Krankenhausplanung und -finanzierung umgesetzt, womit das KHG und das KHEntG als Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrages zu verstehen sind. Bei der Umsetzung steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu, wobei dieser die Trägerpluralität, die Gewährleistung der Trägerautonomie im Rahmen der Funktionsfähigkeit des Versorgungssystems, die Anwendung des Grundsatzes der Subsidiarität bei der Leistungserfüllung und die gesamtwirtschaftlichen Grenzen bei der Finanzierung des Versorgungssystems zu berücksichtigen hat.<sup>629</sup> Die Letztverantwortung haben die Kommunen inne.

#### **E. Problematik der Finanzierbarkeit leistungsgrundrechtlicher Postulate – Allokationsentscheidungen als Aufgabe der Knappheitsverteilung<sup>630</sup>**

Zwar ist die Versorgung im Krankheitsfall zunächst ein nichtökonomisches Element des Sozialstaatsprinzips, setzt aber das Vorhandensein ökonomischer,

---

<sup>626</sup> Friedrich/Leber, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 23.

<sup>627</sup> Vgl. hierzu Schick, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, § 10 Rn. 168.

<sup>628</sup> Ebd.; diese Möglichkeiten außer Acht lassend Buse, Geeignete Rechtsformen für kommunale Krankenhäuser, S. 137; die Frage der Steuerungsmöglichkeiten und deren Wirksamkeit sowie die Sicherstellung der Aufgabenwahrnehmung lässt sich in den größeren Kontext des Folgerechts einordnen, welches durch rechtliche Regelungen charakterisiert ist, welches die private Leistungserbringung und die öffentliche Verantwortung koordinieren sollen, vgl. Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 84.

<sup>629</sup> S. auch Genzel/Degener-Hecke, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 80 Rn. 4.

<sup>630</sup> Zacher beschreibt die medizinische Versorgung eindrücklich als Schlachtfeld der Einkommenserwartung und der Einkommensverteilung der Leistungserbringer, ders., in: I-sensee/Kirchhof, HStR II, § 28 Rn. 132.

also monetärer Ressourcen der – jedenfalls subsidiär verpflichteten – staatlichen Hand voraus.

Die sozialpolitische Motivation von Regelungen im Gesundheitssektor liegt allgemein darin, den universalen und gleichen Zugang zu einer Gesundheitsversorgung mit hoher Qualität und nachhaltiger Finanzierung sicherzustellen.<sup>631</sup> Das BVerfG<sup>632</sup> hat wiederum aber auch betont, dass „gerade im Gesundheitswesen der Kostenaspekt für gesetzgeberische Entscheidungen erhebliches Gewicht“ besitze. Die Relevanz dieser Erkenntnis wird nicht zuletzt auch dadurch deutlich, dass das deutsche Gesundheitssystem insbesondere durch steigende Ausgaben bei absehbar sinkenden Einnahmen durch demographische Effekte vor einem Strukturproblem steht.<sup>633</sup>

Hintergrund der folgenden Darstellung ist der Umstand, dass die Insolvenz von Krankenhausträgern faktisch keine Rolle spielen würde, wenn die Mittel der gesetzlichen Krankenversicherung sowie der kommunalen Haushalte unbegrenzt wären. Da dies naturgemäß nicht der Wirklichkeit entspricht, ist zu fragen, wie die knappen finanziellen Ressourcen bestmöglich zu verteilen sind.<sup>634</sup> In den Zusammenhang der Allokationsentscheidungen innerhalb des Gesundheitswesens sind sodann die Auswirkungen einer Krankenhausinsolvenz einzuordnen und zu bewerten.

## **I. Spannungsfeld zwischen Staatsfinanzierung und Leistungserbringung – das medizinisch Wünschenswerte im Spiegel der Realität des Finanzierbaren**

Bis in die 90er Jahre hinein galt im Krankenhauswesen das Selbstkostendeckungsprinzip, wonach die öffentlichen Fördermittel und die Erlöse aus den Pflegesätzen die kalkulierten Selbstkosten eines Krankenhauses decken mussten.<sup>635</sup> Zentrales Anliegen des Gesetzgebers war es, den gesetzlichen Versicherten grundsätzlich alle notwendigen medizinischen Leistungen zur Verfügung zu stellen. Mit Abschaffung des Selbstkostendeckungsprinzips und der Einführung wettbewerblicher Strukturen hat der Gesetzgeber *Rationalisierungseffekte* bezweckt.<sup>636</sup>

Auch wenn von Verfassungs wegen die Vorhaltung einer angemessenen Krankenhausinfrastruktur gefordert ist, kann dieses Postulat nicht ohne einen Blick auf die Notwendigkeit der staatlichen Finanzierung auskommen. Die

---

<sup>631</sup> Hierzu *Hernekamp*, Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen, S. 70.

<sup>632</sup> BVerfG, Beschluss v. 20. 3. 2001 - 1 BvR 491/96 = NJW 2001, 1778, 1780.

<sup>633</sup> Instruktiv *Oduncu*, MedR 2012, 359 f.

<sup>634</sup> *Kingreen* spricht prägnant von dem „Knappheitslaboratorium Gesundheitswesen“, VVDStRL 70 (2011), 152, 155.

<sup>635</sup> S. etwa *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 109 SGB V Rn. 36.

<sup>636</sup> Nunmehr soll die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser neben der öffentlichen Förderung ihrer Investitionskosten über leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen herbeigeführt werden; dieser Systemwechsel ist zudem maßgeblich durch die krankenhaushausrechtliche Budgetierung geprägt, vgl. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 14 ff.

Knappheit der (finanziellen) Ressourcen zwingt immer zu einer Prioritätsentscheidung bei der Erfüllung der vielfältigen staatlichen Aufgaben.<sup>637</sup>

Dieser Gegensatz wird deutlich im Grundsatz der Beitragssatzstabilität, normiert in § 71 Abs. 1 SGB V. Hiernach „haben die Vertragspartner auf Seiten der Krankenkassen und der Leistungserbringer [...] die Vereinbarungen über die Vergütungen [...] so zu gestalten, dass Beitragserhöhungen ausgeschlossen werden, es sei denn, die notwendige medizinische Versorgung ist auch nach Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven nicht zu gewährleisten“.

Bezweckt ist die dauerhafte Sicherstellung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der GKV sowie deren Finanzierung zu vertretbaren Beiträgen.<sup>638</sup> Hierdurch soll eine finanzielle Überforderung der Krankenkassen und als Folge eine Erhöhung der Beitragsbelastung der beitragspflichtigen Versicherten vermieden werden.<sup>639</sup> Im Grundsatz der Beitragssatzstabilität ist eine Spannung zwischen zwei gegensätzlichen politischen Orientierungen der sozialen Gesundheitsversorgung angelegt, nämlich zwischen der Orientierung der Ausgaben an einem einzuhaltenden Gesamtbudget einerseits oder der Orientierung der Einnahmen an einem inhaltlich zu bestimmenden Bedarf andererseits.<sup>640</sup> Erklärtes Ziel ist es, den Anstieg der Ausgaben durch eine Begrenzung der Einnahmenseite entgegenzuwirken.<sup>641</sup> Die Einnahmenseite ist hier hingegen nicht in Gänze starr, sondern bloß in erheblichem Maße von der konjunkturellen Entwicklung und der Arbeitsmarktsituation bestimmt.<sup>642</sup> Insoweit bestimmt § 71 Abs. 2 Satz 1 SGB V, dass der Grundsatz der Beitragssatzstabilität dann nicht verletzt ist, wenn die vereinbarte Veränderung der jeweiligen Vergütung die sich bei Anwendung der Veränderungsrate nach § 71 Abs. 3 SGB V ergebende Veränderung der Vergütung nicht überschreitet. Hinter den Ausnahmen steht der Grundsatz, dass die notwendige medizinische Versorgung Vorrang vor konstanten Beiträgen haben solle.<sup>643</sup> Zudem ist die Beitragssatzstabilität kein Selbstzweck; dies gilt auch für die gesetzliche Krankenversicherung an sich. Vorrangiges Ziel ist die Sicherstellung der medizinischen Versorgung.<sup>644</sup>

Zentral in diesem Kontext ist auch das Wirtschaftlichkeitsgebot gem. § 12 SGB V, welches seinem Gehalt nach eine Grundsatzentscheidung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung ist. Die Leistungen der Krankenkassen müssen ausreichend und zweckmäßig sein und dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Für die Krankenhausbehandlung ist § 137c SGB

---

<sup>637</sup> Stern, in: *ders.* Staatsrecht, Bd. III/1, § 67 III 1, naheliegend umschrieben mit dem Ausspruch, dass dort wo es nichts gebe, auch nichts zu holen sei; ferner ist darauf hinzuweisen, dass das Gemeinwesen auch noch andere Bedürfnisse hat, deren Befriedigung durch die gegebenen Ressourcen einen mindestens ebenso großen Einfluss auf den Gesundheitszustand haben kann, etwa in den Bereichen Bildung oder Umweltschutz, vgl. Huster, FS Schnapp, 463, 474 („medizinische Opportunitätskosten“).

<sup>638</sup> S. Krasney, in: Bergmann/Paue/Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, SGB V § 71 Rn. 2.

<sup>639</sup> Schaks, in: Sodan, *Hd. des Krankenversicherungsrechts*, § 16 Rn. 56.

<sup>640</sup> Hierzu Ebstein, in: Berchtold/Huster/Rehborn, *Gesundheitsrecht*, SGB V § 71 Rn. 3, welcher auch von einer „Quadratur des Kreises“ spricht.

<sup>641</sup> S. Adam/Henke, in: Schulien HS-KV, § 4 Rn. 48.

<sup>642</sup> Ebd., § 4 Rn. 49.

<sup>643</sup> Hierzu Schaks, in: Sodan, *Hd. des Krankenversicherungsrechts*, § 16 Rn. 66.

<sup>644</sup> Ebd., § 16 Rn. 83.



V zu beachten, wonach der G-BA Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, die zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen angewendet werden, daraufhin überprüft, ob diese für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten erforderlich sind.<sup>645</sup> Die Normen bewegen sich dabei in einem Spannungsfeld zwischen den Interessen der Versicherten und Leistungserbringern an einer möglichst umfassenden Gesundheitsversorgung und den finanziellen Zwängen und der Leistungsfähigkeit der Krankenkassen.<sup>646</sup> Nicht bezwecken die Vorschriften die Vorenthaltung notwendiger Maßnahmen, sondern nur die Auswahl zwischen mehreren geeigneten Behandlungsvarianten.<sup>647</sup>

Dieses Spannungsfeld kommt ebenso in § 1 Abs. 1 KHG zum Ausdruck, wonach der Zweck des Gesetzes auch darin liegt, zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen. Aus dem Wortlaut „beizutragen“ kann darauf geschlossen werden, dass der gesundheitspolitischen Zielsetzung der bedarfsgerechten Versorgung der rechtliche Vorrang vor der sozialpolitischen Zielsetzung der Beitragsbegrenzung zukommt.<sup>648</sup> Dieses Abwägungsergebnis ist jedoch vor dem Hintergrund begrenzter finanzieller Ressourcen einzuschränken, was in verschiedenen Regelungen des Krankenhausrechts zum Ausdruck kommt. Nach § 17 Abs. 1 S. 3 KHG etwa ist der Grundsatz der Beitragssatzstabilität bei der Ermittlung der Pflegesätze zu beachten.<sup>649</sup> Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität findet damit insbesondere bei der Vereinbarung des Landesbasisfallwerts gemäß § 10 KHEntG Anwendung.

Die Sicherung eines angemessenen Versorgungsniveaus kann auf Dauer nur gewährleistet und dem medizinischen Fortschritt angepasst werden, wenn die Gesamtausgaben für Gesundheitsleistungen in einer angemessenen Relation zur volkswirtschaftlichen Leistungskraft gehalten werden.<sup>650</sup> Damit stellen sich Fragen der *effektiven* und *effizienten* medizinischen Versorgung nicht nur als Fragen der politischen Zweckmäßigkeit sondern auch der rechtlichen Notwendigkeit dar.<sup>651</sup>

Insoweit bedarf es eines behutsamen Ausgleichs zwischen dem medizinischen Leistungsvolumen und den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln.<sup>652</sup>

## **II. Allokation, Rationalisierung und Rationierung als Reaktion auf Knappheitsumstände im Gesundheitswesen**

Jedes Gemeinwesen muss vor diesem Hintergrund bestimmen, wie viel es für die medizinische Versorgung auszugeben bereit ist und wie die zur Verfügung

---

<sup>645</sup> Hierzu etwa *Fuchs/Pries*, Sozialversicherungsrecht, S. 292.

<sup>646</sup> Ebd., S. 288 f.

<sup>647</sup> Vgl. hierzu im Kontext mit dem Notwendigkeitsgrundsatz welcher durch § 27 SGB V konkretisiert wird, *Kingreen* VVDStRL 70 (2011), 152, 168.

<sup>648</sup> Vgl. *Genzel/Degener-Hecke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 4.

<sup>649</sup> Zur Kritik an diesem Grundsatz als ein „Fremdkörper“ vgl. *Detting/Niedziolka*, in: Detting/Gerlach, Krankenhausrecht, § 17 KHG Rn. 39 ff.

<sup>650</sup> *Genzel/Degener-Hecke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 80 Rn. 9.

<sup>651</sup> Ebd.

<sup>652</sup> Ebd., § 82 Rn. 4; instruktiv zur Frage der Bedeutung des Äquivalenzprinzips, d.h. dem gerechten Verhältnis von Beitrag und Leistung, in der Sozialversicherung auch *Wallraabenstein*, Versicherung im Sozialrecht, S. 173 ff.

stehenden Mittel eingesetzt werden sollen. Die bisherige Darstellung hat mehr als deutlich aufgezeigt, dass die Ressourcen im Krankenhauswesen endlich sind.<sup>653</sup>

## 1. Begriffsbestimmungen<sup>654</sup>

Der Begriff der Allokation meint in der Ökonomie die raum-zeitlich optimale Verteilung der zum Wirtschaften erforderlichen, stets knappen Ressource und Produktionsfaktoren.<sup>655</sup> In der folgenden Darstellung soll der Begriff als Synonym für Verteilungsentscheidungen nutzbar gemacht werden, anhand derer die begrenzten finanziellen Ressourcen im Sozialsystem der GKV bestimmten Zielen zugeordnet werden.<sup>656</sup> Dort, wo Ressourcen knapp sind, ergibt sich die Notwendigkeit einer Verteilung.

Rationierung bedeutet die Entscheidung, einem Betroffenen Gesundheitsleistungen, für die ein Bedarf grundsätzlich besteht, knappheitsbedingt vorzuenthalten.<sup>657</sup> In der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion werden zwei Ebenen der Rationierung unterschieden: die indirekte Rationierung erfolgt bei der Kapazitätsplanung, die direkte Rationierung bei der Kapazitätsvergabe.<sup>658</sup> In dem deutschen System der GKV werden solche Rationierungsentscheidungen technisch als Einschränkung des Leistungskatalogs umgesetzt und wirken als Ausnahmen von dem prinzipiell unbegrenzten Heilbehandlungsanspruch des § 27 SGB V.<sup>659</sup>

Rationalisierungsmaßnahmen sind solche, die der Ausschöpfung der Finanzierungsreserven durch Effizienzsteigerung dienen, also eine höhere Wirtschaftlichkeit der zum Einsatz kommenden Mittel zum Ziel haben.<sup>660</sup> Grundgedanke dabei ist, dass dem Patienten notwendige Maßnahmen nicht vorenthalten werden und die Versorgungsqualität nicht eingeschränkt wird.<sup>661</sup>

Priorisierung wiederum ist die Verteilung bzw. Zuteilung von begrenzten Gütern nach bestimmten Kriterien und einer bestimmten Reihenfolge i.S.e.

---

<sup>653</sup> Zur Frage des Ausgleichs der steigenden Kosten durch höhere Einnahmen vgl. *Wiedek*, Priorisierung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, S. 9 ff., die zu Recht auf das Prinzip des abnehmenden Grenznutzens hinweist.

<sup>654</sup> Instruktiv zur „schillernden Definitionsvielfalt“ *Kingreen*, VVDStRL 70 (2011), 152, 155.

<sup>655</sup> Statt vieler Nohlen/Schultze, Lexikon der Politikwissenschaft, Stichwort „Allokation“; ferner *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, S. 31 f.

<sup>656</sup> Mithin geht es im Kern um Verteilungsentscheidungen, vgl. die Ausführungen bei *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht.

<sup>657</sup> *Fuchs*, in: Nagel/ders., Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, S. 10 ff.; ferner bedeutet Rationierung in dem System der gesetzlichen Krankenversicherung eine Entscheidung über das Maß der Gleichheit in der Gesundheitsversorgung, da rationierte Maßnahmen durch finanziell potente Patienten selbst finanziert oder durch eine Privatversicherung erschlossen werden können, vgl. *Welti*, MedR 2010, 379, 380 f.; ein zentrales Beispiel der offenen Rationierung ist der generelle Leistungsauschluss für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel nach § 34 Abs. 1 SGB V.

<sup>658</sup> M.w.N. *Nettesheim*, VerwArch 93 (2002), 315, 318.

<sup>659</sup> *Wenner*, GesR 2009, 169, 170.

<sup>660</sup> S. etwa *Arnade*, Kostendruck und Standard, S. 37 ff.

<sup>661</sup> *Heyers*, MedR 2016, 857, 858.

Vorrangigkeit bestimmter Indikationen, Patientengruppen oder Verfahren.<sup>662</sup> Anders formuliert bedeutet Priorisierung die Verteilung von Ressourcen auf zueinander gewichtete konkurrierende Verwendungsmöglichkeiten.<sup>663</sup> Ihr Gegenteil ist die sog. Posteriorisierung, d.h. Nachrangigkeit. Die Priorisierung medizinischer Leistungen soll ermöglichen, die knappen Ressourcen auf der Grundlage eines offenen Diskurses gerecht zu verteilen und damit die Verteilungsentscheidung nicht dem behandelnden Arzt zu überlassen.<sup>664</sup>

Gerade die Prinzipien der Priorisierung, Rationierung und Rationalisierung rufen negative Assoziationen hervor, signalisieren sie doch scheinbar, dass sich der Mensch über seine Zahlungsfähigkeit für eine medizinische Leistung qualifiziert und nicht über den Grad seiner individuellen Bedürftigkeit.<sup>665</sup> Im Fokus der Debatte um Rationierungen im Gesundheitswesen steht zumeist der Umstand, dass zukünftig nicht mehr alle Gesundheitsleistungen von der solidarisch finanzierten gesetzlichen Krankenversicherung übernommen werden können.

## 2. Hintergrund

Ökonomisch ist Rationierung dann notwendig, wenn und soweit der Preis der Ware nicht dem hypothetischen Marktpreis in einer Situation ungehinderten Wettbewerbs entspricht. Rationierungsbedingte Knappheit im Gesundheitswesen entsteht, wenn der Gesamtumfang der finanziellen Ausstattung hinter dem Bedarf zurückbleibt.<sup>666</sup>

Im Rahmen gesellschaftlicher Bedarfsdeckung und Bedürfnisbefriedigung haben private Entscheidungen sowohl von Unternehmen als auch von Konsumenten Priorität vor gesellschaftlichen Entscheidungen und erst die Gesamtheit führt zur Verteilung von Ressourcen.<sup>667</sup> Normalerweise erfolgt deshalb auch die Rationierung von Gütern über eine Zuteilung durch Marktmechanismen. Zuteilungskriterium ist insoweit die Zahlungsfähig- und -willigkeit des Einzelnen.<sup>668</sup> Im System der Gesundheitsversorgung der gesetzlichen Krankenversicherung ist jedoch die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen von eben diesen Kriterien abgekoppelt, da jeder Versicherte unabhängig seines finanziellen Hintergrundes Zugang zu Gesundheitsleistungen hat.<sup>669</sup> Grundentscheidungen der Allokation werden deshalb durch öffentliches Recht

---

<sup>662</sup> S. *Oduncu*, MedR 2012, 359, 361; man kann zwischen vertikaler und horizontaler Priorisierung unterscheiden, wobei erstere eine Priorisierung in Form einer bestimmten Reihenfolge von Intervention bei einer bestimmten Krankheit meint, während letztere im Verhältnis zwischen verschiedenen Versorgungsstrukturen oder Krankheiten gilt, vgl. *Heyers*, MedR 2016, 857, 858.

<sup>663</sup> So etwa *Wiedeck*, Priorisierung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, S. 15.

<sup>664</sup> M.w.N. *Katzenmeier*, in: Schmidt-Luhn/Bohmeier, Priorisierung in der Medizin, S. 1.

<sup>665</sup> Hierzu *Rasche/Braun von Reinersdorff*, FS Oberender, 473, 474; im Übrigen zu den ideologischen Facetten der Debatte um Leistungseinschränkungen in der Gesundheitsversorgung, *Wenner*, GesR 2009, 169, 170.

<sup>666</sup> Zur Kritik an der Krankenhausfinanzierung s. bereits ausführlich oben Erster Teil I. D. wo festgestellt wurde, dass die Knappheit nicht unbedingt auf mangelnde Finanzmittel zurückzuführen ist, sondern (auch) Ausdruck staatlicher Planungsentscheidung ist.

<sup>667</sup> *Welti*, MedR 2010, 379.

<sup>668</sup> M.w.N. *Arnade*, Kostendruck und Standard, S. 38 f.

<sup>669</sup> Ebd.

getroffen.<sup>670</sup> Der Verteilung von Mitteln gehen deshalb angebotsbestimmende Entscheidungen voraus, im Krankenhauswesen etwa die staatliche Investitionsfinanzierung oder die Bedarfsplanung.<sup>671</sup>

### **3. Verfassungsrechtliche Vorgaben der Beschränkung medizinischer Leistungen**

Die Freiheit, im Gesundheitssektor Knappheit in Kauf zu nehmen, ist verfassungsrechtlich begrenzt, denn wie bereits aufgezeigt, obliegt dem Staat eine verfassungsrechtliche Garantenstellung für die Existenz eines Systems der sozialen Sicherheit, welches auch eine leistungsfähige Gesundheitsversorgung umfasst.<sup>672</sup>

Die verfassungsrechtliche Einstandspflicht kann den Staat zu Maßnahmen anhalten, wenn sich in einem bestimmten Sektor des Gesundheitssystems spürbare Defizite und Knappheiten entwickeln. Eine Umschreibung des gebotenen Kapazitätsumfangs des Gesundheitssystems lässt sich dem Grundgesetz hingegen nicht entnehmen.<sup>673</sup>

Die deutsche Gesundheitsversorgung ist überwiegend als Pflichtversicherung ausgestaltet, mit der der Staat seinen sozialen Schutzauftrag zu erfüllen gesucht.<sup>674</sup> Dies korrespondiert mit der Vorgabe, dass die damit verbundene Freiheitsbeschränkung nur verhältnismäßig ist, wenn ihr ein angemessenes Schutzniveau in der Gesundheitsversorgung entspricht.<sup>675</sup> Hinzutritt, dass Art. 14 GG die Beiträge der Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung unter Schutz stellt und verlangt, die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zu gewährleisten.<sup>676</sup>

Zuletzt ist die Priorisierung und Rationierung auch an den Gleichheitsrechten zu messen, welche insoweit verlangen, dass die Ungleichbehandlung gesetzlich krankenversicherter Patienten eines vernünftigen Grundes bedarf, was zu einem strengen Maßstab insbesondere dann führt, wenn die Ungleichbehandlung an nichtveränderbaren Merkmalen anknüpft.<sup>677</sup> Zulässig kann eine Ungleichbehandlung etwa aus Gründen des effektiven und effizienten Umgangs mit begrenzten (finanziellen) Ressourcen sein.<sup>678</sup>

Rationierung als Vorenthaltung notwendiger medizinischer Maßnahmen sollte nur das letzte Mittel sein, primär sind alle Anstrengungen zu unternehmen, Rationalisierungsreserven auszuschöpfen.<sup>679</sup> Ziel ist es, bei gleichbleibendem finanziellen Aufwand das Versorgungsniveau zu erhöhen oder bei geringerem finanziellen Aufwand das Versorgungsniveau zu halten. Erreicht wird dies

---

<sup>670</sup> *Welti*, MedR 2010, 379, 380

<sup>671</sup> So auch ebd.

<sup>672</sup> hierzu vgl. *Nettesheim*, VerwArch 93 (2002), 315, 324.

<sup>673</sup> Ebd., 315, 327.

<sup>674</sup> *Welti*, MedR 2010, 379, 382.

<sup>675</sup> *Nettesheim*, VerwArch 93 (2002), 315, 324.

<sup>676</sup> Ebd. 315, 330.

<sup>677</sup> M.w.N. *Welti*, MedR 2010, 379, 383.

<sup>678</sup> Ebd.

<sup>679</sup> So auch *Oberender*, in: Nagel/Fuchs, Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, S. 10 ff.; auch *Oduncu*, MedR 2012, 359, 360.

durch Maßnahmen der Effizienz- und Produktivitätssteigerung in der Leistungserstellung.<sup>680</sup>

Allerdings sind die Möglichkeiten der Effizienzsteigerung endlich und auch bei effizientester Verteilung reichen Ressourcen nicht aus, um alle Bedarfe zu erfüllen.<sup>681</sup> Lässt man diesen Befund gelten, zwingen nicht ausreichende Mittel zu Rationierungsmaßnahmen. So zwingen der demographische Wandel und der damit einhergehende erhöhte Bedarf an medizinischen Leistungen sowie der medizinisch-technische Fortschritt das deutsche Gesundheitssystem in die Ressourcenknappheit durch eine Kostenexplosion.<sup>682</sup> Auf der Einnahmenseite besteht das Problem der sinkenden Lohnquote sowie der Umstand, dass immer weniger Erwerbstätige einem steigenden Beitragsdefizit entgegenstehen.<sup>683</sup>

#### **4. Krankenhausinsolvenzen als Frage der Rationierung oder der Rationalisierung i.S.e Allokation von Gütern?**

Allokationsentscheidungen sind eine Daueraufgabe der Knappheitsbewältigung. Ein wichtiges Grundprinzip der Ökonomie, welches auch im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts Beachtung findet, ist, dass freiwillige Transaktionen auf den Märkten dafür sorgen, dass Ressourcen dorthin allokiert werden, wo sie ökonomisch am höchsten bewertet werden.<sup>684</sup> Dort wo der Markt diesen Optimalzustand nicht herbeiführen kann oder anders formuliert, dort wo der Gesetzgeber Marktversagen ausgemacht hat oder vermutet, greift dieser reglementierend und koordinierend ein.

Im System der GKV geschieht dies auf der Makroebene durch eine Entscheidung, welcher Teil des volkswirtschaftlich verfügbaren Einkommens für den Bereich des Gesundheitswesens verwendet werden soll.<sup>685</sup> Dies geschieht in der Regel durch parlamentarische Entscheidungen. Aus der Mesoebene wird das zuvor definierte Einkommen auf die einzelnen Versorgungssektoren, etwa die stationäre Krankenhausversorgung aufgeteilt.<sup>686</sup> Auf der dritten und damit unteren Allokationsebene werden die sektoralen Ressourcen dem konkreten Anlass, mithin dem Patienten im Leistungserbringer-Versicherten-Verhältnis zugewiesen.<sup>687</sup> Prägend für die Allokationsordnung in diesem System ist der bereits angesprochene Grundsatz der Beitragssatzstabilität, welcher einer angebotsinduzierten Mengenausweitung durch eine begrenzte Einnahmenseite entgegenwirken und damit eine Erhöhung der Beitragssätze vermeidbar machen gesucht.

---

<sup>680</sup> So *Oduncu*, MedR 2012, 359, 360; zu Rationalisierungsmaßnahmen im Krankenhaus vgl. etwa *Rist/Knebel*, in: Blum/Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 173 ff.; ferner *Feindt*, in: Blum/Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 195 ff.

<sup>681</sup> *Armade*, Kostendruck und Standard, S. 37 ff.

<sup>682</sup> So auch *Oduncu*, MedR 2012, 359.

<sup>683</sup> Ebd.

<sup>684</sup> Vgl. auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S.33; zur ökonomischen Analyse schon oben Erster Teil I. D.

<sup>685</sup> Ausführlich *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 62 f.

<sup>686</sup> Hier sind zumeist die Partner der gemeinsamen Selbstverwaltung beteiligt, vgl. etwa §§ 3, 11 KHEntgG, 18 KHG.

<sup>687</sup> ausführlich *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 65 f.

**a) Intendierte Allokationseffekte der Krankenhausplanung und -finanzierung**

Klarzustellen ist damit, dass jede zielgerichtete Beschränkung von Kapazitäten für Behandlungen, z.B. im Rahmen der Krankenhausplanung, rationierende Effekte haben können, soweit eine Bedarfslage auftritt, in der die vorgehaltenen Kapazitäten nicht ausreichen.<sup>688</sup> Abseits dieser außergewöhnlichen, nicht planbaren Bedarfslagen dient die Planung und damit die Nicht-Vorhaltung von Ressourcen, die den berechneten Bedarf übersteigen, der Vermeidung der Ressourcenvergeudung i.S.e. ineffizienten Ressourceneinsatzes. Insoweit kommt der Planung weniger eine Rationierungs-, denn eine Rationalisierungsfunktion zu.<sup>689</sup> Der Krankenhausfinanzierung kommt eine jedenfalls implizite Rationierungsfunktion zu, da auf Makroebene über die Menge der vorhandenen Ressourcen entschieden wird, mit dem das Krankenhaus seine Aufgaben innerhalb des Gesundheitswesens erfüllen muss.<sup>690</sup> Das Fallpauschalensystem in der Krankenhausfinanzierung kann ebenso Anreize für die Priorisierung bestimmter Leistungen und damit der Posteriorisierung anderer medizinischer Maßnahmen setzen<sup>691</sup> oder auch die Generierbarkeit der Ausgaben begrenzen.<sup>692</sup>

Die Krankenhausplanung, welche sich an errechneten Bedarfen orientiert, kommt eine Priorisierungsfunktion zu, wenn etwa eine staatliche Planungsentscheidung dazu führt, keine Planungsbetten für eine Geburtsstation bereitzuhalten, um die so eingesparten Mittel für die bessere Versorgung von Patienten mit akuten Herzinfarkten oder Schlaganfällen zur Verfügung zu stellen.<sup>693</sup> Problematisch wird eine solche Entscheidung dann, wenn Betroffene nicht oder nicht mehr in zumutbarer Zeit behandelt werden können, da dies zwangsläufig zu einem System von Zuteilungskriterien führte. Beispielweise führt solch ein Bettenmangel in Krankenhäuser zu Wartezeiten der Patienten bei Operationen; diesen sind entweder Priorisierung- oder Rationierungseffekte, mithin aber keine Rationalisierungseffekte mehr beizumessen.<sup>694</sup>

Ein weiterer Ausdruck eines Allokationseffektes ist die Regelung des Marktzugangs i.S.d Teilnahme an der GKV-Versorgung, welche letztlich die Investitionsförderung an vorherige Entscheidungen der Landesbehörden knüpft, vgl. § 108 SGB V, §§ 8, 9 KHG.<sup>695</sup>

---

<sup>688</sup> Etwa im Falle von Katastrophen, hierauf hinweisend *Wenner*, GesR 2009, 169, 171.

<sup>689</sup> Dies gilt jedenfalls in der Grundkonzeption, auf die Kritik an der Bedarfsplanung als ineffizient wurde schon mehrmals hingewiesen, vgl. etwa *Höfling*, GesR 2007, 289, 291.

<sup>690</sup> Diese wirkt sich aber nur aus, wenn dadurch medizinische Maßnahmen vorenthalten werden, ansonsten dienen Budgetierungsmaßnahmen schwerpunktmäßig der Sicherung des Wirtschaftlichkeitsgebotes (§§ 2 Abs. 1, 12 SGB V), s. *Wenner*, GesR 2009, 169, 171.

<sup>691</sup> Hierzu ausführlich *Welti*, MedR 2010, 379, 386

<sup>692</sup> Hierzu *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 70.

<sup>693</sup> Zu dieser Einordnung *Wenner*, GesR 2009, 169, 179.

<sup>694</sup> Hierzu *Kingreen*, VVDStRL 70 (2011), 152, 160.

<sup>695</sup> Die Ausgaben sollen also der Grundkonzeption nach dadurch begrenzt werden, dass nicht unbegrenzt viele Leistungserbringer zur Versorgung zugelassen werden, vielmehr die Zulassung von einem prospektiv zu ermittelnden Bedarf abhängt; damit ist die Bedarfsplanung nicht nur im Lichte des Sicherstellungsauftrages i.S.e. positiven Allokationsentscheidung der Ressourcenvorhaltung, sondern auch als gleichsam ausgabenbegrenzende Allokationsentscheidung zu sehen.

## **b) Systematische Einordnung der Insolvenz eines Krankenhausträgers**

Allgemein kann der einzelne Krankenhausträger auf begrenzte Mittel der Finanzierbarkeit mit Rationalisierungsmaßnahmen reagieren. Bei festgelegten Preisen bleiben den Krankenhäusern hierbei grundsätzlich zwei Strategien, um entstehende Verluste zu kompensieren: entweder werden die Kosten weiter gesenkt<sup>696</sup> oder die Fallzahlen werden erhöht, um die Kapazitäten stärker auszulasten.<sup>697</sup> Gelingen Rationalisierungsmaßnahmen nicht in ausreichendem Maße, kann dies die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Krankenhausträgers zur Folge haben. Wird der Krankenhausbetrieb aufrechterhalten und kommt es beispielsweise zu einer Sanierung des Unternehmensträgers oder zu einer übertragenden Sanierung, ist hierin der Grundkonzeption nach eine Rationalisierungsmaßnahme zu sehen, die geeignet ist, einen gleichen oder höheren Grad an Bedarfsdeckung zu erreichen. Ein Verlust der Versorgungsqualität geht in dieser Optimalbetrachtung mit Rationalisierungsmaßnahmen nicht einher.<sup>698</sup>

Soweit die Insolvenz eines Krankenhausträgers zu einer Betriebseinstellung führt, stellt dies zunächst einmal eine Verknappung des Angebots dar, da ein vormals bestehender Leistungserbringer aus der Versorgung ausscheidet. Im Lichte des Regelungsanliegens des Insolvenzrechts ist dies gewollt. Auch in den meisten Strukturgesetzen der vergangenen Jahre im Gesundheitswesen sind Rationalisierungstendenzen zu erkennen, welche über den Steuerungsmechanismus des Wettbewerbs zu einer besseren Ressourcenallokation führen sollen.<sup>699</sup> Eine solche Steuerungsfunktion übernimmt auch das Insolvenzrecht, indem es im Rahmen seiner Ordnungsfunktion zu einer Güterneuordnung führt. Trotz der Verknappung des Angebots durch Verringerung der absoluten Zahl der Leistungserbringer ist das insolvenzbedingte Ausscheiden eines Krankenhausträgers zunächst eine bloße – marktgesteuerte – Rationalisierungsfolge, mithin Ausdruck einer Allokation von Gütern.

Die Verknappung des Angebots i.S.e bloßen Verringerung des Angebots ist von dem Auftreten von Knappheit zu unterscheiden. Gemeint ist ein Zustand in dem der Gesamtumfang der angebotenen Krankenhausleistungen in einem Planungsbereich hinter dem medizinisch notwendigen Bedarf zurückbleibt. Insofern spricht man von einer Unterversorgung in Bezug auf die stationäre Krankenversorgung. Hier schlagen Rationalisierungseffekte in eine indirekte Rationierung der Kapazitäten um. Dies wiederum kann zu knappheitsbedingten *direkten* Rationierungsmaßnahmen auf Ebene der Leistungserbringer führen, wenn etwa medizinische Leistungen aufgrund eines Bettenmangels nicht oder nur mit zeitlicher Verzögerung erbracht werden können. Eine weitere Auswirkung kann sein, dass etwa Notfallpatienten nicht in angemessener Zeit aufgrund zu großer Distanzen erreicht werden können. Auch dies stellt eine Form der Rationierung in Form der nicht bzw. nicht rechtzeitigen

---

<sup>696</sup> Zur Rationalisierung vgl. auch *Arnade*, Kostendruck und Standard, S. 37 ff.

<sup>697</sup> Mit Hinweis auf mögliche negative Konsequenzen für die Patientenversorgung *Reifferscheidt/Pomorin/Wasem*, DMW 2015, e129.

<sup>698</sup> Dies mag im Einzelfall anders sein, ist jedoch nicht eine eigentümliche Folge von Rationalisierungsmaßnahmen, vgl. hierzu *Schöne-Seifert*, in: *Mohr/Schubert*, Ethik der Gesundheitsökonomie, S. 35.

<sup>699</sup> So auch *Kingreen*, VVDStRL 70 (2011), 152, 156.

Leistungserbringung dar, welche zudem direkte Auswirkungen auf die körperliche Integrität des Patienten haben kann.

## **5. Bedeutung der Erkenntnisse für die Krankenhausinsolvenz**

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die bloße Eröffnung des Insolvenzverfahrens und anschließende Sanierungsmaßnahmen sowohl dem Regelungsanliegen der Insolvenzordnung als auch der Intention des Gesundheitswesens entsprechen, soweit hierdurch finanzielle Ressourcen wieder ihrem optimalen Einsatz zugeführt werden.

Knappheit als Voraussetzung von Rationierungsentscheidungen tritt meist in einzelnen Teilsystemen, Fachrichtungen oder Regionen zum Vorschein.<sup>700</sup> Insofern kann eine Unterversorgung in einzelnen Planungsbereichen entweder eine Folge von bewusster Rationierung sein oder sich als eine ungewollte Folge unzutreffender Prognosen darstellen. Die faktischen Auswirkungen sind dieselben. Rationierungsbedingte Knappheit entsteht auch dann, wenn die finanzielle Ausstattung des Gesundheitssystems hinter dem Bedarf zurückbleibt, sich also die Allokation der Mittel nicht mit dem Bedarf des einzelnen Sektors deckt.<sup>701</sup> So verstanden ist Knappheit nicht zuletzt Folge staatlicher Planungsentscheidungen.<sup>702</sup> Dieser Hintergrund verdeutlicht, dass primäre Allokationsentscheidungen schon auf Ebene der Krankenhausplanung und -finanzierung getroffen werden.<sup>703</sup> Die Betriebseinstellung in einem Insolvenzverfahren ist jedoch zuvorderst eine Entscheidung des Marktes, vermittelt durch die entscheidungsberechtigten Gläubiger. Das Nebeneinander dieser Entscheidungsmechanismen führt jedenfalls dann zu Spannungen, wenn die Betriebseinstellung zu einer Unterversorgung in einem bestimmten Gebiet führt, welche Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit haben kann.

Dies zeigt auf, dass die Gläubiger eines insolventen Krankenhausträgers zwangsläufig in einer Position sind, in der sie Verteilungsentscheidungen zu treffen haben, weil sie durch ihre Wahl eine Güterallokation vornehmen. Vereinfacht gesagt bewirkt die Entscheidung, den Krankenhausbetrieb stillzulegen, dass Ressourcen, die vormals der Versorgung der Bevölkerung dienten, diesem System entzogen und anderen Zwecken zugeführt werden. Aus insolvenzrechtlicher Perspektive sind die Gläubiger zu einer solchen Entscheidung berechtigt, insbesondere obliegt ihnen keinerlei Verpflichtung zur Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung.

Je mehr jedoch die Allokationsentscheidung der Gläubiger einer tatsächlichen Einschränkung des Versorgungsanspruchs durch Verknappung zur Verfügung stehender Krankenhausleistungen führt, desto eher ist in ihr eine

---

<sup>700</sup> *Nettesheim*, VerwArch 93 (2002), 315, 318.

<sup>701</sup> *Ebd.*, 315, 323.

<sup>702</sup> *Depenheuer* hat die plastisch beschrieben: das Ziel, die Kosten überschaubar zu halten, rechtfertige eine Verlagerung selbiger von den Kostenträgern auf die Krankenhäuser und das Ziel der wirtschaftlichen Sicherung dieser eine weitere Verlagerung auf den Staat. Dieser wiederum habe ein offensichtliches Interesse daran, diese Kosten zu minimieren und versucht dies durch eine zentrale Bedarfsplanung und Investitionskostenlenkung zu erreichen, *ders.*, Staatliche Finanzierung und Planung im Krankenhauswesen, S. 23.

<sup>703</sup> Zur Verknappungswirkungen der Krankenhausplanung vgl. etwa auch *Burgi*, NZS 2005, 169, 171.



Rationierungsentscheidung zu sehen, welche gerade in unterversorgten Gebieten jedenfalls denkbar zu einer Gefährdung der bedarfsgerechten Versorgung der Patienten im Krankheitsfall führen kann. Das Grundproblem einer solchen implizierten Rationierung ist ihre mangelnde Transparenz, welche insoweit mit rechtsstaatlichen Vorgaben jedenfalls konfligiert, als die Zuteilung medizinischer Leistungen nicht vorhersehbar ist. Dies erschwert darauf abgestimmte Vorsorgemaßnahmen des Einzelnen.<sup>704</sup> Unter demokratischen Gesichtspunkten problematisch ist, dass die Zuteilung wichtiger Güter – die Versorgung mit stationären Krankenhausleistungen – von Personen – den Gläubigern abhängt – die dazu letztlich nur durch die Insolvenzordnung legitimiert sind<sup>705</sup> und deren Entscheidung letztlich von den Zufälligkeiten des Einzelfalles abhängt. Priorisierung und Rationierung in der Gesundheitsversorgung stellen als mögliche Eingriffe in die Freiheit und Gleichheit, aber auch angesichts der Bedeutung der Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG wesentliche Entscheidungen dar, die der Gesetzgeber selbst treffen muss, jedenfalls bezogen auf die Ziele, Kriterien und das Verfahren.<sup>706</sup> Die Legitimation der demokratischen Entscheidungsgeber und die Transparenz des Entscheidungsverfahrens ist insoweit auch ein Fundament sozialstaatlicher Verteilungsmechanismen.<sup>707</sup>

Vor diesem Hintergrund wird die Bedeutung der staatlichen Sicherstellungs- und Letztverantwortung im Krankenhaussektor deutlich. Die Gesundheitsversorgung, sichergestellt auch durch die stationäre Krankenversorgung, stellt eine obligatorische und hochwertige Staatsaufgabe dar. Diese Aufgabe ist desto mehr gefährdet als das Ausscheiden eines Krankenhauses aus der Versorgung im Insolvenzverfahren sich einer Rationierungsentscheidung annähert. In einer solchen Situation aktiviert sich die aus der Sicherstellungspflicht folgende staatliche Letztverantwortung.

### III. Zusammenfassung

Bereits die ökonomische Betrachtung des Krankenhaussektors hat gezeigt, dass sich ein Krankheitsrisiko unvorhersehbar realisiert, für den Notfall aber Krankeneinrichtungen permanent vorgehalten werden müssen und sich dies durch besonders hohe Fixkosten auszeichnen.<sup>708</sup> Zwar sichert die staatliche Bedarfsplanung im Krankenhauswesen diese Vorhaltung, führt aber auch durch eine ungenaue Antizipation des Marktes zu wenigstens partiellen Überkapazitäten. Die derzeitige Krankenhausplanung fördert Fehlentwicklungen, wie das Nebeneinander von Unter- und Überversorgung. Dies geht einher mit einer Versorgungsstruktur von zu kleinen Einheiten und regional zu großer Krankenhausdichte bei zu wenig Spezialisierung des einzelnen Krankenhauses. Diese Fehlentwicklung bedingt einen ineffizienten Einsatz vorhandener Ressourcen<sup>709</sup>, führt in einem ersten Schritt zu Rationalisierungsmaßnahmen und beinhaltet in einem zweiten Schritt jedenfalls Rationierungstendenzen auf

---

<sup>704</sup> Hierauf hinweisend *Huster et al.*, MedR 2007, 703.

<sup>705</sup> Die, wie bereits zu Anfang beschrieben, sozialstaatliche Regelungsanliegen nicht abbildet und nicht abbilden will.

<sup>706</sup> *Welti*, MedR 2010, 379, 384.

<sup>707</sup> *Kingreen*, VVDStRL 70 (2011), 152, 176.

<sup>708</sup> S. auch *Hernekamp*, Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen, S. 78.

<sup>709</sup> Hierzu etwa *Höfling*, GesR 2007, 289, 291 f.

Ebene des Krankenhauses, die über die im Gesundheitswesen angestrebten, wünschenswerten Rationalisierungseffekte hinausgehen.<sup>710</sup>

Priorisierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen mit dem Ziel verbesserter Ressourcenallokation im Gesundheitswesen werden vorrangig mit dem Ziel vorgenommen, Kostensteigerungen im Gesundheitswesen zu begegnen, was insoweit von zentraler Bedeutung ist, als die Beitragssatzstabilität in der GKV allein schon aus arbeitsmarktpolitischen Gründen ein wichtiges Ziel darstellt.<sup>711</sup> Damit sollen Allokationsentscheidungen im Gesundheitswesen durch öffentliches Recht getroffen werden, weil eine für alle zugängliche Gesundheitsversorgung integraler Bestandteil der sozialstaatlichen Verantwortung ist.<sup>712</sup>

Damit zeigt sich, dass das Sozialstaatsprinzip und das Sozialrecht im Zielkonflikt mit anderen Anliegen staatlichen Handelns stehen und dieser Befund eng mit der Diskussion um die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Staates verbunden ist. Die Instanzen des Sozialstaates müssen Entscheidungen über die Verteilung knapper Güter treffen, die durch den Vergleich von Kosten und Nutzen „das Spannungsverhältnis zwischen der tendenziellen Unbegrenztheit menschlicher Bedürfnisse nach sozialer Sicherung und der Begrenztheit, d.h. der Knappheit, der zur Verfügung stehenden Güter so weit und so gut wie möglich verringern sollen“.<sup>713</sup> Diese soziale Frage ist damit ihrem Kern nach eine Frage der richtigen Verteilung von Gütern, insoweit ist auch dem Sozialstaatsprinzip eine Ordnungsfunktion zu entnehmen.<sup>714</sup> Dies kommt auch im Krankenhausrecht zur Geltung. Ziel des Krankenhausfinanzierungsrechts des Bundes ist die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, da der Bundesgesetzgeber in einem wirtschaftlich gesunden Krankenhauswesen die zentrale Voraussetzung für die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung und für sozial tragbare Krankenhauskosten sieht.<sup>715</sup> Eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit stationärer Behandlung kann hingegen dann nicht dauerhaft sichergestellt sein, wenn die als bedarfsgerecht erkannten Krankenhäuser in einem bedeutenden Umfang Defizite erzielen, denn dann bedingt eine Unterfinanzierung durch Ausscheiden dieser Krankenhäuser aus dem Markt eine regionale Unterversorgung.<sup>716</sup>

Daraus folgt, dass ein Gleichlauf zwischen den beiden Zielsystemen der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser auf der einen Seite und der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung als Fundamentalziel des § 1 KHG auf der anderen Seite besteht.<sup>717</sup> Insoweit besteht die Notwendigkeit, den Versorgungsauftrag in der stationären Versorgung möglichst wirtschaftlich zu erfüllen, d.h. dass bei einem gegebenen finanziellen Ressourceneninput ein möglichst

---

<sup>710</sup> Vgl. zu diesen Rationierungstendenzen *Reifferscheid/Thomas/Pomorin/Wasem*, in: *Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2015*, S. 6; zur Problematik heimlicher Rationierungen vgl. auch *Luthe*, *Optimierende Sozialgestaltung*, S. 109 f.

<sup>711</sup> So *Huster et al.*, *MedR* 2007, 703.

<sup>712</sup> Vgl. *Welti*, *MedR* 2010, 379, 380.

<sup>713</sup> *Rixen*, *Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht*, S. 26.

<sup>714</sup> *Ebd.*

<sup>715</sup> S. auch *Genzel/Degener-Hecke*, in: *Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts*, § 79 Rn. 1.

<sup>716</sup> Vgl. auch *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht*, § 1 KHG Rn. 37.

<sup>717</sup> Richtig deshalb *ebd.*

effizienter Rechtsrahmen bereitgestellt wird, welcher Ressourcenfehlallokationen vermeidet und gleichzeitig sicherstellt, dass die Qualität der Versorgung aufrechterhalten oder sogar gesteigert wird. Anstatt also infolge eines Finanzierungs- und planungsrahmens, der zu Ineffizienzen in der Ressourcenverteilung führt, Krankenhäuser ungesteuert vom Markt zu nehmen, sollte sich der Staat der Aufgabe der Rationalisierung annehmen und die Entscheidung nicht den Zufälligkeiten des Einzelfalles überlassen. Allokationsentscheidungen, welche die Gläubiger eines insolventen Krankenhauses – zu Recht – nach ökonomischen Gesichtspunkten treffen, konfliktieren im Gesundheitswesen angesichts der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter mit dem staatlichen Sicherstellungsauftrag.

Das aufgezeigte Spannungsfeld wird besonders deutlich in der Situation, in der ein Krankenhaus, welches als bedarfsnotwendig erkannt wird, mithin für die staatliche Sicherstellungsverpflichtung von Bedeutung ist, in eine wirtschaftliche Schieflage gerät und Insolvenz anmelden muss.

## **F. Parameter der bedarfsgerechten und flächendeckenden Krankenhausversorgung**

Es wurde bereits herausgearbeitet, dass dem Staat eine Sicherstellungsverantwortung für eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit stationären Krankenhausleistungen obliegt, die Bürger mit im Bedarfsfall notwendigen Leistungen zu versorgen. Im Folgenden ist zu skizzieren, wann eine Krankenhausversorgung als bedarfsgerecht anzusehen ist und welche Parameter hier unter besonderer Berücksichtigung demographischer Aspekte zu berücksichtigen sind. Die Klärung dieser Vorfrage ist deshalb von Bedeutung, weil den Kommunen nur eine Letztverantwortung obliegt, die erst dann ein verdichtetes Pflichtenprogramm entfaltet, wenn eine Gefährdung der bedarfsgerechten Versorgung festgestellt wurde.

## **I. Ausgangslage unter Berücksichtigung demographischer Gesichtspunkte**

Der im Rahmen des demografischen Wandels<sup>718</sup> zu beobachtende Bevölkerungsrückgang und die zunehmende Überalterung und die damit einhergehenden dünn besiedelten ländlichen Landstriche auf der einen, die zunehmende Mobilität auf der anderen Seite, stellen für die Krankenhausplanung wichtige Faktoren dar. Diese Entwicklung führt auch zu einer Veränderung der Nachfrage, die sich zukünftig in einem höheren Bedarf in der Geriatrie, Onkologie oder Neurologie äußern wird, einhergehend mit einem quantitativen Rückgang der Nachfrage in der Geburtshilfe oder nach neonatologisch-pädiatrischen Einrichtungen.<sup>719</sup> Allerdings bleibt die qualitative Dimension der Nachfrage gleich, ebenso wie räumliche Dimension des zu versorgenden Gebietes.<sup>720</sup> Trotz dieser Entwicklung muss das Gesundheitswesen insgesamt flächen-

---

<sup>718</sup> Genaugenommen handelt es sich um eine „doppelte“ Alterung der Gesellschaft, d.h. eine geringe Geburtenrate bei gleichzeitig steigender Lebenserwartung.

<sup>719</sup> Pitschas, MedR 2015, 154, 155.

<sup>720</sup> Allgemein zur Qualitätsorientierung in der Krankenhausplanung vgl. zuletzt Ternick, NZS 2017, 770.

sozial-, leistungs- und ressourcengerecht agieren, dabei zugleich den Werteüberzeugungen der Gesellschaft entsprechen und nicht zuletzt muss das gesamte System finanzierbar sein.<sup>721</sup>

Bezogen auf das Bundesgebiet wird mit einem Rückgang der Verweildauer auf 6 Tage und damit trotz Steigerung der Fallzahlen mit einem weiteren Rückgang des Bettenbedarfs gerechnet, so dass die Überkapazitäten auf 13 % im Jahr 2030 steigen könnten, wenn Anpassungen unterbleiben und die demographische Entwicklung, wachsende Prävalenzraten und das ambulante Potential berücksichtigt werden.<sup>722</sup>

Die demographische Entwicklung bedingt eine sinkende Bevölkerungszahl sowie eine räumliche Konzentration. Besondere Auswirkungen verzeichnen vor allem die ländlichen Kreise, da hier bezogen auf die junge Bevölkerungsgruppe (18-29 Jahre) ein erheblicher Rückgang durch Abwanderung bei gleichzeitiger prozentualer Zunahme der über 50-jährigen zu beobachten ist. Für die Krankenhäuser in den betroffenen Regionen bedeutet dies, dass in ihrem Einzugsgebiet eine überproportionale Dichte an dem Anteil der Bevölkerung vorzufinden ist, der den Großteil der Gesundheitsausgaben verursacht.<sup>723</sup> In Regionen mit Bevölkerungsrückgängen ist mittelfristig die an zentralen Orten gebündelte Infrastruktur gefährdet, da Wirtschaftlichkeitsschwellen unterschritten werden könnten, denn wegen der hohen Fixkosten muss eine kritische Auslastungsmenge erreicht werden, damit die Häuser betriebswirtschaftlich tragfähig sind.<sup>724</sup>

Die Disparitäten zwischen den Regionen stellen damit eine erhebliche Herausforderung für die flächendeckende Versorgung dar. Zudem sind diese Krankenhäuser bedingt durch die mit den unzureichenden staatlichen Investitionsmitteln einhergehende geringe Spezialisierung nicht ausreichend in der Lage, im Wettbewerb um Patienten zu bestehen. Damit kommt es gerade in dünn besiedelten Regionen zu einem Konflikt zwischen staatlichem Sicherstellungsauftrag und den tatsächlichen, regional bedingten Gegebenheiten, während in den Ballungsgebieten eine jedenfalls partielle Überversorgung zu beobachten ist.

Verschiedene Untersuchungen in den letzten Jahren haben ergeben, dass die Erreichbarkeit trotz eines Rückgangs der absoluten Zahl der Krankenhauseinrichtungen sehr gut ist und weit über 90 % der Bevölkerung das nächstgelegene Krankenhaus innerhalb einer Fahrzeit von 20 Minuten erreichen.<sup>725</sup> Im

---

<sup>721</sup> vgl. *Neubauer/Beivers/Minartz*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2006*, S. 69.

<sup>722</sup> Nach *Augurzyk/Krolop/Pilny/Schmidt, Krankenhaus Rating Report 2016*; zum hierdurch ausgelösten Wettbewerbs- und Verdrängungseffekt in ländlichen Gebieten vgl. *Neubauer/Beivers/Minartz*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt, Krankenhaus-Report 2006*, S. 69.

<sup>723</sup> Zu diesem Befund vgl. auch *Bartholomae/Beivers, ZöGU 2009*, 213, 215; ältere Patienten haben eine höhere Verweildauer bei gleicher Erkrankung und weisen zugleich eine höhere Krankenhaushäufigkeit auf, hierzu etwa *Neubauer*, in: *Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2017*, S. 154.

<sup>724</sup> *Bartholomae/Beivers, ZöGU 2009*, 213, 220.

<sup>725</sup> Nachweise bei *Reifferscheid/Thomas/Pomorin/Wasem*, in: *Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2015*, S. 5; vgl. ferner zu älteren Studien *Bartholomae/Beivers, ZöGU 2009*, 213, 226.

Durchschnitt erreicht die Bevölkerung im Bundesgebiet einen Grundversorger dabei in ca. 11 Minuten Fahrzeit.<sup>726</sup> Durch technischen Fortschritt kommt es weniger auf Mobilität an, bspw. kann durch telemedizinisch unterstützte Visiten die notwendige Facharztextpertise dauerhaft vorgehalten werden, wodurch auch in ländlichen Regionen zukünftig die stationäre Versorgung gesichert werden könnte.<sup>727</sup>

## II. Bedarf als (Rechts-)begriff

Im volkswirtschaftlichen Sinne versteht man unter Bedürfnis Mangelerscheinungen, die im einzelnen Menschen den Wunsch auslösen, diesen Mangel zu beheben.<sup>728</sup> Richtet sich das Bedürfnis als Absicht zum Erwerb auf konkrete Güter, wird es zum Bedarf.<sup>729</sup>

Im Infrastrukturrecht knüpft der Begriff des Bedarfs an die Erfordernisse des Wirtschaftslebens an und setzt eine Bedarfsfeststellung voraus.<sup>730</sup> Allgemein unterscheidet sich der rechtliche Begriff des Bedarfs vom wirtschaftswissenschaftlichen dadurch, dass dieser weniger das Bedürfnis des einzelnen als solches betont, sondern dieses einem privaten oder öffentlichen Bereich zuordnet und es als Grundlage einer Abwägung der berührten Interessen nutzt.<sup>731</sup> Bedürfnisse sind dabei nie als starr und gegeben zu verstehen, sondern unterliegen zeitlichen, örtlichen und individuellen Veränderungen.<sup>732</sup>

Bezogen auf den Krankenhaussektor lässt sich das Bedürfnis als Krankheitszustand beschreiben, der beseitigt werden soll. Deswegen besteht – jedenfalls bei schwerwiegenden Krankheitsbildern – ein Bedarf nach stationärer Versorgung. Dieser Bedarf ist mit anderen öffentlichen Interessen abzuwägen, wie beispielsweise der finanziellen Stabilität der GKV. Treten Lücken in der Versorgung von Bedürfnissen auf, nimmt die öffentliche Hand eine regulatorische Funktion ein. Unter dieser Prämisse und im Lichte der bereits dargestellten Marktschwächen im Gesundheitssektor ist die staatliche Krankenhausplanung zu betrachten.

---

<sup>726</sup> Scheller-Kreinsen/Krause, in: Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2015, S. 28.

<sup>727</sup> S. Busse/Geissler, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 6.

<sup>728</sup> Statt vieler Baßeler/Heinrich/Utecht, Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, S. 14.

<sup>729</sup> Ebd., S. 14 ff.

<sup>730</sup> Ausführlich zu verschiedenen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts Dietz, WiVerw 2016, 101; instruktiv ferner Köck, ZUR 2016, 579.

<sup>731</sup> Dietz, WiVerw 2016, 101, 123.

<sup>732</sup> In diesem Sinne ist auch der Begriff der Daseinsvorsorge als Befriedigungsmechanismus standardisierter Bedürfnisse zu verstehen und seine Konturierung zeitbezogen aber auch regional unterschiedliche ausgestaltet, vgl. weitergehend Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 49: „im ländlichen Bereich könnte so eine weitere Fassung des Begriffs erfolgen“.

### III. Bedarfsgerechtigkeit im Rahmen des SGB V

§ 70 SGB V bestimmt, dass die Krankenkassen und die Leistungserbringer eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten haben. Für den Bereich der *ambulanten* Versorgung sieht das SGB V eine Bedarfsplanung vor, in der nach den §§ 99 ff. Maßnahmen sowohl zur Begrenzung der Über- als auch der Unterversorgung vorgesehen sind; die Bedarfsplanung wird im Einzelnen durch Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses geregelt.

Gesetzliche Vorgaben für eine Bedarfsplanung der *stationären* Versorgung finden sich hingegen nicht, da dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz fehlt, die Krankenhausversorgung in den Bundesländern zu regeln. Das KHG gibt den Bundesländern lediglich vor, zur Sicherung der bedarfsgerechten Versorgung Krankenhauspläne und Investitionsprogramme aufzustellen, § 6 Abs. 1 KHG i.V.m. § 1 Abs. 1 KHG.

### IV. Merkmal der bedarfsgerechten Versorgung<sup>733</sup> im Rahmen der Krankenhausplanung

Klärungsbedürftig ist damit, was die Krankenhausgesetze, welche im Lichte der staatlichen Sicherstellungsverpflichtung zu sehen sind, unter einer bedarfsgerechten Krankenhausversorgung verstehen. Hierbei handelt es sich letztlich um das einfachgesetzlich ausgestaltete Pflichtenprogramm, welches im Sozialstaatsprinzip sowie in Art. 1 Abs 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG seinen Ursprung hat.<sup>734</sup> Die Landeskrankengesetze enthalten hierzu keine ausdrücklichen Konkretisierungen.

Die nachfolgenden Ausführungen betrachten dabei den Status quo der Vorstellung einer bedarfsgerechten Versorgung im Lichte des derzeit geltenden Systems der Krankenhausplanung.

#### 1. Definitionsannäherung

Eine Versorgung kann dem Sprachgebrauch nach dann als bedarfsgerecht angesehen werden, wenn sie in quantitativer und qualitativer Hinsicht den Bedarfen der Bevölkerung entspricht. Bedarfe lassen sich zunächst als dann erfüllt ansehen, wenn weder eine Unter- noch eine Überversorgung vorliegt.<sup>735</sup>

Nach der Definition des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen versteht man unter einer Unterversorgung die unterlassene oder nicht rechtzeitige Durchführung bedarfsgerechter

---

<sup>733</sup> Von dieser Frage ist zu unterscheiden, wann das einzelne Krankenhaus bedarfsgerecht ist. Diese Frage kann erst beantwortet werden, wenn zuvor geklärt ist, welche Anforderungen an eine bedarfsgerechte Versorgung zu stellen sind. So heißt es etwa in Art. 5 Abs. 1 S. 1 BayKrG: „ein Krankenhaus ist bedarfsgerecht, wenn und soweit es zur Deckung des in seinem Einzugsgebiet vorhandenen Bedarfs an akutstationärer Versorgung notwendig und hierzu geeignet ist“.

<sup>734</sup> Vgl. zur Herleitung bereits oben Erster Teil 1. C. II. 3.

<sup>735</sup> Dies ist weniger eine Definition als eine Umschreibung und dient dazu, einen Maßstab für die Ermittlung der bedarfsgerechten Versorgung zu entwickeln.

Behandlungsleistungen; wichtigstes Kriterium dabei ist die Erreichbarkeit von Gesundheitsleistungen.<sup>736</sup> Eine Überversorgung hingegen liegt vor, wenn medizinisch nicht notwendige Leistungen erbracht werden oder Leistungen mit nur geringem Nutzen, welcher die Kosten nicht mehr rechtfertigt, was vor allem zu finanziellen Schäden für die Solidargemeinschaft führen kann.<sup>737</sup>

## 2. Krankenhauszielplanung der Länder

Die Krankenhausplanung als neben der Finanzierung zentrales Steuerungsinstrument im Rahmen der staatlichen Sicherstellungsverantwortung soll in erster Linie dafür sorgen, eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten. Eine klare Definition, was hierunter zu verstehen ist, existiert weder im KHG noch in den Landeskrankenhausgesetzen.<sup>738</sup> <sup>739</sup> Angesichts der Unwägbarkeiten in der Planung ist es äußerst schwierig, allgemeingültige Bedarfsmaßstäbe zu entwickeln.<sup>740</sup>

Der Rechtsprechung zufolge ist Maßstab für den Bedarf der in dem betreffenden Einzugsgebiet tatsächlich vorhandene und zu versorgende Bedarf, welcher objektiv zu ermitteln ist.<sup>741</sup> Der der Bedarfsermittlung zu Grunde zu legende räumlich-personale Bereich ist in erster Linie die Personengruppe, die in dem maßgebenden Versorgungsgebiet lebt, so dass die Bedarfsermittlung zentral auf die Altersstruktur und Bevölkerungszahl einer bestimmten Region abstellen muss.<sup>742</sup> Aus § 8 Abs. 2 KHG folgt, dass der Krankenhausplan eine Festlegung der Ziele enthalten muss, die das Land mit seiner Bedarfsplanung verfolgt; dabei können die Landesbehörden mit der Krankenhausplanung auch gestaltende Planungsziele verfolgen, etwa Versorgungskonzepte entwickeln<sup>743</sup> oder Kooperationen benachbarter Kliniken fördern.<sup>744</sup>

In vielen Ländern ordnet das Landeskrankenhausgesetz an, dass im Land verschiedene Versorgungsgebiete gebildet werden.<sup>745</sup> Diese bilden sodann den räumlichen Bezugsrahmen, in dem die Bedarfs- und Krankenhausanalyse

---

<sup>736</sup> SVR-Gesundheit – Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, Gutachten 2000/2001 Bd. III, abrufbar unter: <http://www.svr-gesundheit.de/index.php?id=18> (23.10.2017).

<sup>737</sup> Ebd.; D. Prütting betont, dass die Frage, was unter Über- und Unterversorgung zu verstehen sei, einen ständigen Streitpunkt zwischen Kostenträgern, Leistungserbringern und Planungsbehörden darstelle und dass diese Frage keinen Abschluss finden könne, da sich die Rahmenbedingungen, wie etwa die Bevölkerungszahl oder das -alter laufend veränderten, dies., GesR 2016, 271.

<sup>738</sup> So heißt es in § 1 Abs. 1 S. 1 KHGG NRW: Zweck dieses Gesetzes ist es, eine patienten- und bedarfsgerechte gestufte *wohnnah* Versorgung der Bevölkerung durch Krankenhäuser sicherzustellen.

<sup>739</sup> Neubauer, in: Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2017, S. 156; MedRKomm/Stollmann, § 1 KHG Rn. 8a.

<sup>740</sup> S. MedRKomm/Stollmann, § 1 KHG Rn. 9; vgl. ferner bereits Zuck, MedR 1989, 1, 4.

<sup>741</sup> Vgl. etwa BVerwG NJW 1987, 2318, 2320; OVG Münster MedR 2012, 470.

<sup>742</sup> S. MedR-Komm/Stollmann, § 1 KHG Rn. 11.

<sup>743</sup> Insbesondere können die Anbieter der verschiedenen Versorgungsstufen in das Raumordnungssystem der zentralen Orte eingepasst werden, vgl. MedR-Komm/Stollmann, § 6 KHG Rn. 11.

<sup>744</sup> Ebd.

<sup>745</sup> Z.B. § 14 KHGG NRW; so weist der Landeskrankenhausplan 2015 etwa 16 Versorgungsgebiete aus.

sowie die konkrete Versorgungsentscheidung erfolgt.<sup>746</sup> Zudem sehen die meisten Landeskrankenhausgesetze die Bildung verschiedener Leistungsstufen vor. Dabei reichen diese Stufen von Allgemeinkrankenhäusern mit örtlich ausgerichteten Einrichtungen der Grund- und Regelversorgung über überörtlich ausgerichtete Krankenhäuser der Schwerpunktversorgung bis hin zu Krankenhäusern der Maximalversorgung.<sup>747</sup>

### 3. Ziel der flächendeckenden Versorgung

Die meisten Bundesländer beziehen in ihren Landeskrankenhausgesetzen raumordnungsrechtliche Aspekte mit ein. So heißt es etwa in § 1 Abs. 1 S. 1 KHGG NRW, dass Gesetzeszweck die Sicherstellung einer patienten- und bedarfsgerecht gestuften *wohnnahen* Versorgung sei.<sup>748</sup>

Die Krankenhausplanung in Nordrhein-Westfalen operationalisiert den Terminus *wohnnah* Versorgung über eine Entfernungsvorgabe von 20 km bzw. 15 km bei erschwerten Verkehrsbedingungen. Bei einer angenommenen Durchschnittsgeschwindigkeit von 60 km/h entspricht dies einem Erreichbarkeitsmindeststandard von maximal 20 Minuten Fahrzeit.<sup>749</sup> Dabei ist der Grundgedanke, dass sich in erreichbarer Entfernung ein Krankenhaus befindet, welches jedenfalls die allgemeine stationäre Grund- und Notfallversorgung sicherstellt, so dass je nach Größe der Gemeinde der Standortauswahl innerhalb des Gemeindegebiets eine erhebliche Bedeutung zukommt.<sup>750</sup>

Ähnlich auch § 1 Hessisches Krankenhausgesetz (*LKHG Hessen*), welches neben dem Merkmal der *flächendeckenden* Versorgung in Abs. 2 auf die Anzahl der Krankenhäuser abstellt: „eine bedarfsgerechte Versorgung erfordert insbesondere die Vorhaltung einer ausreichenden Anzahl von Krankenhäusern, die die Notfallversorgung sicherstellen, sowie ausreichende intensivmedizinische Kapazitäten“. Es wird hier die besondere Rolle der Notfallversorgung und die Bedeutung ausreichender Intensivkapazitäten betont, für die eine besondere staatliche Gewährleistungsverpflichtung besteht.

### 4. Vorhandensein konkreter verfassungsrechtlicher Erreichbarkeitsvorgaben?

Man mag die Frage, in welcher Entfernung Krankenhäuser vorhanden sein müssen, als abstrakt bezeichnen und stattdessen auf die tatsächlichen Verhältnisse vor Ort und auf die Vorstellungen der Bürger verweisen.<sup>751</sup> An einer solchen Einordnung ist richtig, dass regionale Unterschiede, etwa der Umstand, dass die eine ältere, weniger mobilere Bevölkerung, die sich vorwiegend in ländlichen Regionen findet, ein erhöhtes Maß an *wohnnahen*

---

<sup>746</sup> MedR-Komm/Stollmann, § 6 KHG Rn. 34.

<sup>747</sup> Ebd., Rn. 35.

<sup>748</sup> Die Grundsätze der Raumordnung einbeziehend auch § 4 Abs. 2 LKHG Niedersachsen.

<sup>749</sup> Hierzu auch Beivers/Spangenberg, IzR 2008, 91, 92; ferner D. Prütting, GesR 2016, 271, 272.

<sup>750</sup> Vgl. VerfGH NRW, Beschluss v. 13.01.2004 – VerfGH 16/02 = GesR 2004, 248.

<sup>751</sup> so Friedrich/Leber, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 15; Hierzu auch Busse/Geissler, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 6.



Krankenhausleistungen bedingt. Trotzdem bleibt die Frage offen, welche Mindestanforderungen an die Krankenhausversorgung zu stellen sind.

*Lafontaine/Stollmann*<sup>752</sup> zufolge ist eine wohnortnahe Versorgung, insbesondere im ländlichen Raum, dann als sichergestellt anzusehen, wenn ein Krankenhaus grundsätzlich nicht weiter als 15 bis 20 km entfernt ist, es sei denn, dass wegen topographischer oder verkehrsinfrastruktureller Gegebenheiten diese nicht in der üblichen Zeit erreichbar und eine kürzere Entfernung angemessen ist. Diese Aussage deckt sich auch mit den Vorgaben des Krankenhausplans des Landes Nordrhein-Westfalen. In ihrer Allgemeinheit ist diese Vorgabe zunächst einmal als Richtwert zu verstehen, sagt aber nichts darüber aus, ob eine Verteilung von Krankenhäusern bezogen auf ein Versorgungsgebiet, die diese Anforderungen nicht erfüllt, keine bedarfsgerechte und flächendeckende Versorgung mehr darstellen würde. Anders gefragt geht es darum, ob sich aus der Verfassung Anhaltspunkte für Erreichbarkeitsvorgaben für die Krankenhausplanung herleiten lassen.<sup>753</sup>

Erreichbarkeitsvorgaben – so es denn welche gibt – wären gerade in ländlichen Gebieten von besonderer Relevanz. Ordnungspolitisch ist bedingt durch den demografischen Wandel und eine einseitige Migration in die Ballungszentren eine teilweise Gefährdung der landesplanerisch festgelegten Mittel- und Oberzentren festzustellen.<sup>754</sup> Im ländlichen Raum ist die Bevölkerungsdichte zudem häufig so gering, dass infolge der räumlichen Ausdünnung der Nachfrage ein wirtschaftlicher Betrieb der stationären Einrichtungen kaum mehr möglich ist.<sup>755</sup> Zudem sind gerade in ländlichen Regionen häufig Menschen mit geringer Mobilität anzutreffen, wobei die geringer ausgeprägte öffentliche Infrastruktur noch erheblich zur Verschärfung des Distanzproblems beiträgt.<sup>756</sup> Bestünde eine flächendeckende Versorgungspflicht, wäre es den in die Pflicht genommenen Gebietskörperschaften verwehrt, die Versorgung einzelner Gebietsteile aufzugeben.

Mit Blick auf andere Bereiche sozialer Infrastruktur, etwa Kindergärten, Schulen oder Friedhöfen und die Frage, ob und inwieweit von Verfassungen wegen bestimmte Erreichbarkeitsstandards gelten, ist zu konstatieren, dass dies keine Frage der räumlichen, sondern der quantitativen und qualitativen Dimension der verfassungsrechtlichen Grundversorgungspflicht der Kommunen ist.<sup>757</sup>

---

<sup>752</sup> *Dies.*, NZS 2014, 406, 408.

<sup>753</sup> Politisch ist es wohl wenig umstritten, dass stationäre Krankenhausdienstleistungen mit ausreichender Qualität für jeden Menschen unabhängig von Wohlstand, Alter, Wohnort oder Geschlecht in zumutbarer Entfernung erreichbar sein sollten; die Frage ist hingegen, wie die Zumutbarkeit zu definieren ist.

<sup>754</sup> Hierzu *Bartholomae/Beivers*, IR 2008, 311, 312.

<sup>755</sup> Ländliche Krankenhäuser sind in der Regel klein, da die geringe Bevölkerungsdichte keine größeren Einheiten zulässt und können häufig ihre hohen Fixkosten nicht decken, hierzu vgl. *Fleß/Gieseler*, in: Herbst/Dünel/Stahl, Daseinsvorsorge und Gemeinwesen im ländlichen Raum, S. 49; hinzukommt die Präferenzstruktur der Patienten als weiterer Einflussfaktor, welche eine höherwertige medizinische Versorgung anstreben und bereit sind, für diese weitere Wege in Kauf zu nehmen, was zu einem Auseinanderfallen von staatlich vorgegebenem Versorgungsauftrag und den patientenseitigen Anforderungen führt, vgl. hierzu *Bartholomae/Beivers*, ZöG 2009, 213, 224 f.

<sup>756</sup> *Fleß/Gieseler*, in: Herbst/Dünel/Stahl, Daseinsvorsorge und Gemeinwesen im ländlichen Raum, S. 44.

<sup>757</sup> *Brosius-Gersdorf*, VerwArch 98 (2007), 317, 338.

Diese Einrichtungen sind hingegen als nicht ortsgebunden zu betrachten, d.h. sie erfordern weder einen Anschluss – wie etwa die Trinkwasser- und Energieversorgung – noch eine unmittelbare räumliche Nähe zum Nutzer. Insoweit kann eine Verringerung des Angebots dieser Leistungen dadurch kompensiert werden, soweit die Versorgung insgesamt an anderer Stelle sichergestellt ist.<sup>758</sup>

Hier zeigt sich aber bereits, dass die Frage der bedarfsgerechten Versorgung keine primäre Frage der absoluten Anzahl der Krankenhäuser oder der vorgehaltenen Zahl von Planbetten ist, sondern insbesondere davon geprägt ist, wie die einzelnen Krankenhäuser mit Bezug auf die zu versorgende Bevölkerung im jeweiligen Planungsgebiet räumlich verteilt sind. Dies liegt nicht zuletzt an der Besonderheit der Distribution der Krankenhausleistung, welche stark standortgebunden ist, da Kranke und insbesondere Notfälle nur eine gewisse Distanz befördert werden können.<sup>759</sup> Auch im Lichte der staatlichen Schutzpflicht für die Rechtsgüter Leben und Gesundheit wird man konstatieren müssen, dass, je weiter die Anfahrtswege zu dem nächsten Krankenhäuser sind, desto eher kann die damit einhergehende Zeitspanne zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes gerade in zeitkritischen medizinischen Notfällen führen. Insoweit ließe sich von einem strukturell angelegten Risiko sprechen, welches sich im Notfall zu einer Gefahr verdichtet. Die Frage ist also, welches Risiko, das in der räumlichen Verteilung der Krankenhausstandorte angelegt ist, noch zumutbar ist. Es wurde bereits dargelegt, dass die objektive Werteentscheidung, die ihren Ausdruck in Art. 2 Abs. 2 GG S. 1 i.V.m. Sozialstaatsprinzip findet, dazu verpflichtet, ein funktionsfähiges Gesundheitssystem zu errichten. Leben und Gesundheit gelten als unantastbare, absolute Rechtsgüter; ihre Abwärfähigkeit und Einschränkung zugunsten anderer Inhalte der Politik oder des Rechts ist begrenzt.<sup>760</sup>

Die Krankenhaus(ziel-)planung muss darauf ausgerichtet sein, dass sich die richtigen Krankenhäuser am richtigen Platze befinden. Dies erfordert ein flächendeckendes Netz von möglichst wohnortnahen und gleichmäßig verteilten Krankenhäusern.<sup>761</sup> Modellhaft geht es bezogen auf die Ermittlung der räumlichen Beziehungen um die Entfernungen zwischen den Herkunftsorten der Patienten und den nächsten Krankenhausstandorten.<sup>762</sup> Die Bedeutung der Beachtung zur Verfügung stehender finanzieller Ressourcen und damit die Notwendigkeit der Erkenntnis, dass eben jene Ressourcen nicht unbegrenzt zur Verfügung stehen, wurde schon an anderer Stelle nahegelegt. Das, was im Lichte einer möglichst gleichmäßigen Gesundheitsversorgung notwendig ist, muss sich auch angesichts der schier unendlichen subjektiven Bedürfnisse an dem Gestaltungsspielraum und der Gestaltungslegitimation des Gesetzgebers zugunsten einer sozial ausgewogenen Beitrags- und Steuererhebung messen.<sup>763</sup>

---

<sup>758</sup> Ausführlich ebd.

<sup>759</sup> Deshalb greift auch der Hinweis von *Brosius-Gersdorf* auf die Einordnung der Krankenhäuser als nicht ortsgebundene Infrastruktur, welche, mit Verweis auf das Post-Universaldienstleistungsregime, angemessen und ausreichend, aber nicht flächendeckend sicherzustellen ist, zu kurz, *dies.*, *VerwArch* 98 (2007), 317, 349 f.

<sup>760</sup> M.w.N. *Luthe*, *Optimierende Sozialgestaltung*, S. 107.

<sup>761</sup> Hierzu s. *Dettling/Würtenberger*, in: *Dettling/Gerlach*, *Krankenhausrecht*, § 1 KHG Rn. 75.

<sup>762</sup> *Kortevoß/Krafft*, in: *Rau/Roeder/Hensen*, *DRG-Einführung*, S. 407.

<sup>763</sup> So zu Recht *Luthe*, *Optimierende Sozialgestaltung* S. 115; deshalb wenig weiterführend *Dettling/Gerlach*, *Krankenhausrecht*, *Einl. Rn.* 16, welche darauf hinweisen, dass

Die finanzielle Verteilungsmasse kann nicht beliebig ausgeweitet werden, d.h. nicht alles, was in einer Volkswirtschaft erarbeitet wird, kann in den Gesundheitsbereich investiert werden.<sup>764</sup> Die Konturierung der bedarfsnotwendigen und flächendeckenden Versorgung bestimmt sich damit auch durch den Vorbehalt des Möglichen und damit im Lichte der verfügbaren Mittel.

Die Verfassung taugt damit für sich nicht als tragfähige Grundlage, ihr sind mithin keine Erreichbarkeitsvorgaben zu entnehmen.<sup>765</sup> Dies steht im Einklang mit der Skizzierung des Sozialstaatsprinzips als verfassungsrechtlicher Auftrag, welcher sich grundsätzlich kaum zu definitiven Einzelkonsequenzen verdichten lässt.<sup>766</sup> Zu verstehen ist die Verpflichtung der Sicherstellung einer bedarfsgerechten Krankenhausversorgung vielmehr als Optimierungsauftrag i.S.e. Effizienzgebotes zielgenauer Mittelverteilung.<sup>767</sup> Letztlich ist damit von Verfassungen wegen gefordert, dass nicht schon in der räumlichen Krankenhausverteilung als solche ein Risiko besteht, dass notwendige medizinische Leistungen nicht rechtzeitig erbracht werden können, obwohl unter Berücksichtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit eine verbesserte Leistungsstruktur möglich ist.

Darüber hinaus wird sich allerdings aus dem Zusammenspiel der bereits angesprochenen Verfassungsnormen eine Mindestverpflichtung der Sicherstellung der Notfallversorgung herausdestillieren lassen. Zur Notfallversorgung in Deutschland zählen der ärztliche Bereitschaftsdienst, die Notaufnahmen der Kliniken und der Rettungsdienst.<sup>768</sup> Die niedergelassenen Ärzte sind über die kassenärztlichen Vereinigungen nach § 75 SGB V für die ambulante Notfallversorgung innerhalb und außerhalb der regulären Sprechzeiten zuständig, während der Rettungsdienst und die notärztliche Versorgung im Zuständigkeitsbereich der Bundesländer liegen und durch die Rettungsdienstgesetze geregelt werden. Die Notfallversorgung der Krankenhäuser als dritte Säule ist ebenfalls auf Landesebene geregelt und in den jeweiligen Landeskrankenhausplänen beschrieben.<sup>769</sup>

In den Landesrettungsdienstgesetzen finden sich verschiedene aber vom materiellen Gehalt ähnliche Definitionen von Notfallpatienten. So definiert bspw. § 2 Abs. 2 Rettungsgesetz NRW Notfallpatienten als „Personen, die sich infolge Verletzung, Krankheit oder sonstiger Umstände entweder in Lebensgefahr befinden oder bei denen schwere gesundheitliche Schäden zu befürchten sind, wenn sie nicht unverzüglich medizinische Hilfe erhalten“.<sup>770</sup> Die

---

eine Betrachtung der Entwicklung der verfügbaren Geldmittel zeige, dass die Sorge, die vorhandenen Geldmittel könnten zur Finanzierung des wachsenden Versorgungsbedarfs der Patienten nicht ausreichen, unbegründet sei.

<sup>764</sup> Luthé, *Optimierende Sozialgestaltung*, S. 107.

<sup>765</sup> Vgl. hierzu allgemein die Frage von Art. 2 Abs. 2 GG als anspruchsbegründende Norm in v. Münch/Kunig, *GG Komm.*, Art. 2 Rn. 60.

<sup>766</sup> Vgl. m.w.N. auch Sachs, *GG*, Art. 20 Rn. 47.

<sup>767</sup> Vgl. Luthé, *Optimierende Sozialgestaltung* S. 146 ff.

<sup>768</sup> vgl. Niehues/Wessels, *KH* 2017, 824; die gesetzlichen Hilfsfristen divergieren - soweit vorhanden - je nach Bundesland, betragen aber im Schnitt zwischen 10 und 15 Minuten, vgl. etwa § 3 Abs. 2 Rettungsdienstgesetz Baden-Württemberg.

<sup>769</sup> Ausführlich Augurzyk/Beivers/Giebner/Kirstein, in: Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, *Krankenhaus-Report* 2015, S. 85.

<sup>770</sup> Ähnlich § 2 des Hessischen Rettungsdienstgesetzes, wonach Notfallpatienten solche Personen sind, „die sich infolge einer Erkrankung, Verletzung, Vergiftung oder aus

Notfallversorgung ist auch in den Krankenhausplänen der Länder adressiert. Nach den Vorgaben des Hessischen Krankenhausplans etwa soll ein Krankenhaus, das an der Notfallversorgung teilnimmt, in der Regel innerhalb von 20 Minuten, maximal jedoch innerhalb von 30 Minuten nach der Aufnahme des Notfallpatienten durch den Rettungsdienst zu erreichen sein. Ein an der Notfallversorgung teilnehmendes Krankenhaus sollte damit in der Regel 15 bis 25 Kilometer, maximal jedoch 30 bis 35 Kilometer von jedem, mit einem bodengebundenen Rettungsfahrzeug zugänglichen Notfallort in Hessen entfernt sein.<sup>771</sup>

Abseits dieses Beispiels ist allgemein festzuhalten, dass gerade die Krankenhäuser in ländlichen Regionen durch die Sicherstellung der Notfallversorgung, bei welcher die Entfernung, anders als bei elektiven Leistungen, bei denen der Patient zudem bereit ist, längere Wege für eine höhere Versorgungsstufe in Kauf zu nehmen, eine entscheidende Rolle für die körperliche Integrität des Patienten spielt. Diese Unterscheidung zwischen der Notfall- und der elektiven Versorgung ist auch für die Feststellung, welche Anforderungen an eine flächendeckende Versorgung vor dem Hintergrund der staatlichen Sicherstellungsverpflichtung, von zentraler Bedeutung. Diese Verantwortung verdichtet sich desto mehr zu einem konkreten Pflichtenprogramm, je isolierter die räumliche Lage des Krankenhauses ist. Würde ein solches Krankenhaus seinen Betrieb einstellen und führte dies zu Anfahrtswegen für die Rettungsdienste<sup>772</sup>, die im Lichte der staatlichen Verantwortung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip und der derzeitigen Ausgestaltung der Notfallrettung als nicht vertretbar erscheinen, aktiviert sich die staatliche Letztverantwortung und die Schließung ist zu verhindern. Insoweit lässt sich von einer Systemrelevanz dieser Standorte sprechen.<sup>773</sup>

Auch hier lassen sich hingegen nur Richtwerte festhalten; es ist aber nach bisherigem Erkenntnisstand davon auszugehen, dass die Anfahrtswegen zu einem an der Notfallversorgung teilnehmenden Krankenhaus der Grund- und Regelversorgung für den Großteil der Bundesrepublik Deutschland nicht länger als 30 Minuten betragen sollte.<sup>774</sup> Ein Blick auf andere Länder zeigt im Übrigen, dass es auf die konkrete Ausgestaltung der Notfallversorgung ankommt.

---

sonstigen Gründen in unmittelbarer Lebensgefahr befinden oder bei denen diese zu erwarten ist, wenn keine schnellstmögliche notfallmedizinische Versorgung [...] erfolgt“.

<sup>771</sup> Instrukтив insgesamt dabei die Darstellungen des Hessischen Krankenhausplans zur Notfallversorgung, S. 31 ff., abrufbar unter: [https://soziales.hessen.de/sites/default/files/HSM/krankenhausrahmenplan\\_2009.pdf](https://soziales.hessen.de/sites/default/files/HSM/krankenhausrahmenplan_2009.pdf) (14.03.2018).

<sup>772</sup> Gemeint sind hiermit insbesondere die Wege vom Notfallort, den der jeweilige Rettungsdienst durch eine dezentrale Stellung innerhalb der gesetzlichen Rettungsfristen erreicht, zum Krankenhausstandort.

<sup>773</sup> Der Begriff der Systemrelevanz ist angelehnt an das Konzept eines Sonderinsolvenzrechts für Banken, hierzu *Binder*, Bankeninsolvenzen.

<sup>774</sup> Zur Festlegung der Erreichbarkeitsgrenzen für Krankenhäuser der Grundversorgung wurde auf die Grundlagen der Raumordnung zurückgegriffen, welche je nach vorzuhaltender Infrastruktur unterschiedliche Erreichbarkeitsstandards normieren. Mittelzentren, welche aus raumplanerischen Gesichtspunkten als Standorte für Kliniken der Grund- und Regelversorgung dienen, müssen im motorisierten Individualverkehr in 30 Minuten Fahrtzeit erreicht werden können, vgl. Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung, Perspektiven der Raumentwicklung in Deutschland, abrufbar unter: <http://www.bbr.bund.de/nr627458/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/BMVBS/Sonderveroeffentlichungen/zurueckliegendeSonderveroeff.html> (24.02.2018).

Gerade in nordeuropäischen Ländern, die eine sehr viel geringere Krankenhaushichte und damit längere Anfahrtswege aufweisen, ist festzustellen, dass dies nicht mit Einbußen in der Qualität der medizinischen Versorgung einhergeht.<sup>775</sup> Dies liegt vor allem daran, dass die Notfallversorgung im Rahmen der Versorgungssysteme zu einem Großteil durch Rettungszentren sichergestellt wird, die für eine jeweils größere Region zuständig sind und von wo aus Krankentransporte und auch Rettungseinsätze koordiniert und geleitet werden.<sup>776</sup>

## **V. Bedeutung der Erkenntnisse für die Einordnung einer Krankenhaussolvenz**

Festzustellen ist, dass es konzeptionelle Defizite in der Festlegung nachvollziehbarer Kriterien für die Bewertung der Sicherstellung der stationären Versorgung gibt. Im Rahmen der bedarfsgerechten Versorgung kommt es wie aufgezeigt entscheidend auf die Erreichbarkeit der Krankenhäuser an, wobei es dafür aufgrund der Abhängigkeit des Bedarfs von einer Vielzahl von variablen Faktoren keinen allgemein anerkannten operativen Begriff gibt.<sup>777</sup> Die Steuerung und Planung stationärer Kapazitäten ist deshalb komplex und mit Unsicherheiten bezüglich zukünftiger gesellschaftlicher aber auch medizintechnologischer Entwicklungen behaftet. Eine Konzentration von Standorten erhöht die wirtschaftliche Effizienz, kann aber zu Erreichbarkeitsproblemen führen; Dekonzentration demgegenüber verbessert die flächendeckende Zugänglichkeit, führt aber wegen geringerer Auslastung häufig zu Problemen der wirtschaftlichen Tragfähigkeit und der Qualitätssicherung.<sup>778</sup> Zentrales Kriterium der Planung ist die Vermeidung des Risikos qualitativer Fehlversorgung i.S.e. regionalen Unterversorgung, welche sich durch unterlassene oder nicht rechtzeitig durchgeführte Behandlungsleistungen und damit in der Gefährdung des körperlichen Wohls des Patienten äußert.

Gerade demografische Entwicklungen gefährden aber die flächendeckende Sicherstellung, da Krankenhäuser in ländlichen Regionen, welche für die Notfallversorgung eine systemrelevante Stellung einnehmen, durch zu geringe Nachfrage nicht kostendeckend wirtschaften können und somit einem gesteigerten Insolvenzrisiko ausgesetzt sind. Sollte aber eine Krankenhausschließung für eine Personengruppe in einer bestimmten Größe zu einer Erhöhung der Fahrzeit oberhalb dieser Grenze führen, ließe sich von einem versorgungsbedeutenden Marktaustritt sprechen.<sup>779</sup>

---

<sup>775</sup> Preusker, FS Rebscher, 231, 239.

<sup>776</sup> Ebd.; ergänzt wurde dies durch die Schaffung des Berufsbildes des Paramediziners, dem erweiterte Kompetenzen medizinischen Leistungen und Medikamentenabgaben übertragen wurden. Zudem wurde etwa in Dänemark die Kapazitäten der Flugrettung aufgebaut, um die Transportzeiten bei akuten und schwerwiegenden Krankheitsbildern zu verkürzen, vgl. Augurzyk/Beivers/Giebner/Kirstein, in: Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2015, S. 94.

<sup>777</sup> Hierauf hinweisend Neubauer, in: Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2017, S. 156.

<sup>778</sup> Vgl. Spangenberg/Beivers, in: Rau/Roeder/Hensen, DRG-Einführung, S. 441.

<sup>779</sup> Leber/Schneller-Kreinsen führen als Beispielsgröße „ein Dorf von 5000 Einwohnern an“, vgl. dies., in: Klauber/Geraedts/Friedrich/Wasem, Krankenhaus-Report 2015, S. 197.

Es lassen sich insgesamt drei<sup>780</sup> zu unterscheidende Konstellationen in Bezug auf die Insolvenz eines Krankenhausträgers, welche im Lichte des staatlichen Sicherstellungsauftrages zu sehen ist, feststellen:

- (1) Die Schließung eines Krankenhausbetriebes im Zuge eines Insolvenzverfahrens würde aufgrund von bisherigen Überkapazitäten im Planungsgebiet zu keiner Versorgungsgefährdung führen;
- (2) Durch die Schließung des Krankenhausbetriebes würde es prognostisch in dem Versorgungsgebiet zu einer quantitativen, aber nicht erreichbarkeitsbezogenen Unterversorgung kommen. Dabei kann sich eine Unterversorgung in Bezug auf die Gesamtanzahl der Betten oder in Bezug auf einzelne Teilgebiete ergeben<sup>781</sup>;
- (3) Durch die Schließung des Krankenhausbetriebes würde es prognostisch zu einer erreichbarkeitsbezogenen Unterversorgung kommen.

Die staatliche Sicherstellungsverantwortung kommt insbesondere in der letzten Fallkategorie zum Tragen. Es bedarf der Sicherstellung einer wohnortnahen Grundversorgung i.S.e. bedarfsgerechten Notfallversorgung. Sollte also bei Wegfall dieses Standortes die wohnortnahe Notversorgung nicht mehr ausreichend gesichert sein, besteht eine Sicherstellungsverantwortung in Bezug auf diesen Standort. In diesem Sinne ist auch die Position des G-BA zu verstehen. Dieser hat zum 31. Dezember 2016 gem. § 136c Abs. 3 SGB V bundeseinheitliche Vorgaben für die Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen nach § 17b Abs. 1a Nr. 6 KHG i.V.m. § 5 Abs. 2 KHEntgG beschlossen. Der G-BA sieht hiernach „eine Gefährdung der flächendeckenden Versorgung [gegeben], wenn durch die Schließung des Krankenhauses, dessen Zuschlagsfähigkeit überprüft wird, zusätzlich mindestens 5000 Einwohner Pkw-Fahrzeiten von mehr als 30 Minuten aufwenden müssen, um bis zum nächstgelegenen geeigneten Krankenhaus zu gelangen (Betroffenheitsmaß). Eine Ausnahmeregelung ist für besonders dünn besiedelte Regionen – bei unter 50 Einwohnern je Quadratkilometer – vorgesehen. Hier kann das Betroffenheitsmaß auf bis zu 500 Einwohner abgesenkt werden.“<sup>782</sup>

In der zweiten Fallkategorie geht von der prognostischen Unterversorgung keine unmittelbare Gefährdung für die Gesundheit der betroffenen Patienten aus. Vielmehr gilt, dass auch aufgrund gestiegener Mobilität und einem veränderten Präferenzverhalten gerade bei der elektiven Versorgung die Wohnortnähe nachrangig ist. Hier ist die Sicherstellungsverpflichtung weder räumlich auf den Krankenhausstandort zugeschnitten, noch bestünde durch eine Betriebseinstellung sofortiger Handlungsbedarf zur Sicherstellung der Notfallversorgung.

---

<sup>780</sup> Die Darstellung geht davon aus, dass der Krankenhausbetrieb eingestellt wird; eine vierte Alternative, die regelmäßig anzutreffen ist, ist diejenige, dass der Krankenhausträger saniert oder auf einen anderen Träger übertragen wird und die im Plan ausgewiesenen Kapazitäten erhalten bleiben.

<sup>781</sup> Die quantitative Dimension der Versorgung weist dabei eine gewisse Überschneidung mit der räumlich, erreichbarkeitsbezogenen Dimension auf, soll hier aber mit Blick auf die zeitkritische Notfallversorgung als eigenständige Kategorie verstanden werden.

<sup>782</sup> Vgl. die Pressemitteilung des G-BA v. 24.11.2016, abrufbar unter: <https://www.g-ba.de/institution/presse/pressemitteilungen/650/> (19.03.2018).

Zentrales Element der Bedarfsnotwendigkeit ist damit die Direktive einer Mindestausstattung an Krankenhausstandorten innerhalb einer bestimmten, vertretbaren Entfernung, mit der die stationäre Notfallversorgung gewährleistet wird. Damit sind die Leitlinien abgesteckt zur Bestimmung derjenigen Krankenhäuser, die im Lichte der staatlichen Verpflichtung zur Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung als bedarfsnotwendig anzusehen sind. Im Folgenden soll geklärt werden, wie die staatliche Sicherstellungsverantwortung für die Krankenhäuser im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens umgesetzt werden kann.

### **G. Insolvenzzrechtliche Auswirkungen auf den staatlichen Sicherstellungsauftrag – Darstellung am Beispiel des bedarfsnotwendigen, aber insolventen Krankenhauses**

Die Sicherstellung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung als eines der zentralen Strukturelemente des Sozial- und Krankenhausrechts mit seiner abstrakten Vorgabe der flächendeckenden und bedarfsgerechten Krankenhausversorgung tritt im Rahmen der wirtschaftlichen Schieflage eines Krankenhausträgers in einen Zielkonflikt mit den Vorgaben des Insolvenzrechts, wenn sich das Krankenhaus des insolventen Rechtsträgers unter gegebenen Bedingungen als für die bedarfsgerechte Versorgung notwendig erweist.<sup>783</sup> Im Folgenden soll dieser Zielkonflikt unter Einbeziehung der zuvor gemachten Ergebnisse aufgezeigt werden.

### **I. Insolvenzverfahren als Gefährdung der bedarfsgerechten Versorgung**

Es wurde bereits aufgezeigt, dass steigende Kosten und erhöhter Wettbewerbsdruck durch die Einführung des DRG-Systems parallel zu den überschuldeten kommunalen Haushalten, die immer weniger in der Lage waren, Finanzierungsdefizite auszugleichen, dazu führten, dass kommunale Eigen- oder Regiebetriebe privatisiert und damit entweder auf eine kommunale Eigengesellschaft überführt oder im Wege der materiellen Privatisierung an Dritte verkauft wurden.<sup>784, 785</sup> Die Überführung der Einrichtungen in wirtschaftliche Strukturen bedingt aber auch, bei wirtschaftlichen Misserfolgen, die Möglichkeit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens<sup>786</sup>, da private Rechtsträger und somit auch kommunale Eigengesellschaften uneingeschränkt insolvenzrechtsfähig sind. Fraglich ist, welche Auswirkungen die staatliche Sicherstellungsverantwortung auf ein eröffnetes Insolvenzverfahren haben kann oder – andersherum – ob und wie die Sicherstellungsverpflichtung auch im Insolvenzverfahren durchgesetzt werden kann.

---

<sup>783</sup> Im Folgenden kurz *bedarfsnotwendiges Krankenhaus* bezeichnet.

<sup>784</sup> Zu den rechtlichen Anforderungen an die Überführung kommunaler Einrichtungen an private Träger s. noch unten Erster Teil 1. G. III. 5.

<sup>785</sup> Hierzu auch *Friedrich/Leber*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 1; zu den schwerfälligen Leitungs- und Entscheidungsstrukturen kommunaler Unternehmensformen vgl. *Strohe/Meyer-Wyk/Köhler*, KH 2003, 882, 885.

<sup>786</sup> *Bornheimer* bezeichnet dies als „Kehrseite der Freiheit“ der Organisationsprivatisierung, vgl. *ders.*, FS Görg, 71, 73.

Die im Krankenhausrecht anzutreffenden dualen Daseinsvorsorgestrukturen – das Nebeneinander von privaten, öffentlichen und freigemeinnützigen Trägern bei Letztverantwortung der Kommunen – dienen dazu, die im Lichte der Sicherstellungsverpflichtung unabdingbare Reservefunktion des Staates zu erhalten.<sup>787</sup> Zu fragen ist aber, wie die aus dem Sozialstaatsprinzip i.V.m. der objektiv-rechtlichen Schutzfunktion des Art. 2 Abs. 2 GG zu folgender Letztverantwortung umzusetzen ist, wenn ein als bedarfsnotwendig erkanntes Krankenhaus im Zuge eines Insolvenzverfahrens aufgrund wirtschaftlicher Umstände seinen Betrieb einstellen muss. Unproblematisch ist diese Sicherstellungsverpflichtung zunächst, wenn ein Krankenhaus in wirtschaftliche Schieflage gerät, welches für eine bedarfsgerechte Versorgung nicht notwendig ist, weil in dem Versorgungsgebiet eine Überversorgung festgestellt werden kann.<sup>788</sup> Eine Leistungsreduktion durch Schließung von Krankenhäusern ist im Lichte der staatlichen Letztverantwortung ohne Weiteres möglich, soweit und solange es zu keiner Gefährdung der Belange der Bevölkerung kommt, mithin die bedarfsgerechte Versorgung nicht mehr sichergestellt wäre. Solange die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen durch bestehende Krankenhäuser, gleich in welcher Rechtsträgerschaft diese organisiert sind, gesichert ist, ist der bei der Kommune verbleibende Sicherstellungsauftrag ohne Relevanz.<sup>789</sup>

Die Insolvenzgefahr, welche mit jeder Privatisierung einhergeht, lässt „das Wirtschaftlichkeitsprinzip bei Realisierung der Gefahr, dass die bedarfsgerechte Versorgung nicht mehr sichergestellt werden kann, an eine verfassungsrechtliche Grenze stoßen und zwingt den Staat sodann zum Handeln“.<sup>790</sup> Der Bürger ist auf die Einrichtungen, soweit sie sich als bedarfsnotwendig herausstellen, angewiesen; der Staat hat ein Leistungsminimum bestimmter Infrastrukturen bereitzustellen.<sup>791</sup>

<sup>787</sup> So auch *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266, 326.

<sup>788</sup> Anhaltspunkte können hier etwa der Bettenauslastungsgrad im betroffenen Plangebiet sein; *D. Prütting* weist zu Recht darauf hin, dass sich die Rahmenbedingungen, die für die Feststellung einer Über- oder Unterversorgung von Bedeutung sind, laufend verändern, *diess.*, GesR 2016, 271, 272; vgl. ferner den Zusammenhang von Bedarf und Angebot i.R.d. Krankenhausplanung bei *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht, S. 66 f. („der zu befriedigende Bedarf nach Krankenhausleistungen ist keinesfalls etwas objektiv Gegebenes, das von den Landesplanungsbehörden lediglich festzustellen wäre“).

<sup>789</sup> *S. Friedrich/Leber*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 24.

<sup>790</sup> So *Bornheimer*, FS Görg, S. 71, 80.

<sup>791</sup> Hierzu *Butzer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, § 74 Rn. 44; diese Problematik ist bisher eher theoretischer, denn tatsächlicher Natur, insbesondere große Teile der Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Thüringen, Sachsen-Anhalt, Bayern sowie östliche Teile Mecklenburg-Vorpommerns weisen eine im Vergleich zu anderen Bundesländern hohe Betten-dichte aus (gemeint ist damit eine Bettendichte von über 7,5 Betten je 1.000 Einwohner). Insgesamt kamen zudem in Deutschland im Jahr 2015 auf 10 Mio. Einwohner rund 210 Krankenhäuser und damit mehr als in den meisten OECD-Staaten. Die Bettenauslastung liegt dabei seit 2008 konstant bei etwa 77 %. Zudem ist anzunehmen, dass die Verweildauer bis 2030 um insgesamt 17,6 % auf 6,0 Tage p.a. sinken wird, was zu einer weiteren Zunahme der Überkapazitäten führen wird. Auch gibt es bisher keine nennenswerten Erreichbarkeitsprobleme, vgl. zu diesem Gesamtkomplex *Augurzky/Krolop/Pilny/Schmidt/Wuckel*, Krankenhaus Rating Report 2017, S. 54; Dies kann sich insbesondere aber bei anhaltender defizitärer Investitionsfinanzierung sowie bei stagnierender Grundlohnrate



Wie die insoweit vorrangig in die Pflicht genommene Gemeinde ihrer Sicherstellungsverantwortung nachkommt, untersteht ihrem Gestaltungsermessen.<sup>792</sup> Festzuhalten ist aus dem bisher Gesagten, dass die Wahrnehmung des Sicherstellungsauftrages dann ein konzentriertes Pflichtenprogramm i.S.e. Handlungsbedarfes entfaltet, wenn die Versorgung nicht mit leistungsfähigen Krankenhäusern anderer Träger sichergestellt ist, also eine Versorgungslücke besteht, die kein anderer Träger schließen will.<sup>793</sup> Dies kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn über das Vermögen eines bedarfsnotwendigen Krankenhauses das Insolvenzverfahren eröffnet wird und eine Betriebseinstellung zu einer erreichbarkeitsrelevanten Versorgungslücke führen würde.

Hinsichtlich der Umsetzung der nun aus der Sicherstellungsverantwortung folgenden Handlungspflicht ist zunächst die kommunale Eigengesellschaft zu betrachten, in denen der kommunale Träger die Mehrheit der Anteile hält und somit gesellschaftsrechtlich weitreichende Einwirkungsmöglichkeiten hat. Hierbei sind die verschiedenen Stadien – vorinsolvenzlicher Zeitraum, Insolvenzantragsverfahren und Insolvenzverfahren – daraufhin zu untersuchen, ob es durch insolvenzverfahrensrechtliche Anordnungen zu einer Gefährdung der bedarfsgerechten Versorgung kommen kann. Hierzu soll insbesondere ein Blick auf die Spezifika des kommunalen Gesellschafters in der Insolvenz geworfen werden. Diese Frage ist vorliegend nicht zuletzt deshalb von Belang, weil immer noch ein bedeutender Teil der Krankenhäuser als kommunale Eigengesellschaften geführt werden<sup>794</sup> und hier das Spannungsverhältnis zwischen Insolvenz- und Staatsrecht besonders deutlich wird. Im Kern geht es darum, ob den kommunalen Gesellschafter eine sog. Insolvenzabwendungspflicht trifft, was zur Folge hätte, dass kommunale Eigengesellschaften de facto materiell insolvenzrechtsunfähig wären. Problematisch ist weiterhin der Fall, indem über das Vermögen eines materiell privatisierten, bedarfsnotwendigen Krankenhauses das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Fraglich ist, wie hier die Sicherstellungsverantwortung umzusetzen ist.

Zu untersuchen ist, welche Reichweite die skizzierten Steuerungsmechanismen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens entfalten.<sup>795</sup>

---

und stagnierendem Mengenwachstum gerade in den ländlichen Gebieten zukünftig anders darstellen.

<sup>792</sup> S. *Bornheimer*, FS Görg, S. 71, 80; allgemein zum Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum im Rahmen von Sicherstellungsaufträgen s. *Butzer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 48 ff., insbesondere mit dem Hinweis, dass in einem freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaat die staatliche Sicherstellung zuvorderst eine Herausforderung an die steuernde Verwaltung und damit das Verwaltungsrecht darstellt, aber auch durch die Steuerungspotentiale des Zivilrechts ergänzt werden kann.

<sup>793</sup> So auch *Quaas*, KH 2001, 40, 42.

<sup>794</sup> Nach Angaben des statistischen Bundesamtes waren im Jahr 2016 von den 1.951 Krankenhäusern 29,2 % in öffentlicher Trägerschaft und hiervon wiederum 60,7 % rechtlich selbstständig in privatrechtlicher Rechtsform organisiert, mithin 346 Einrichtungen; die Statistik ist abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Krankenhaeuser/GrunddatenKrankenhaeuser> (20.02.2018).

<sup>795</sup> Hierbei handelt es sich nur um einen Ausschnitt derjenigen Probleme, die sich aus der Privatisierung kommunaler Einrichtungen ergeben können und durch ein Aufeinandertreffen von Staats- und Kommunalrecht auf der einen, sowie des Privatrechts auf der anderen Seite geprägt sind, instruktiv *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH; s. auch *Bornheimer*, FS Görg, 71, 74 ff. zur Frage der Einlageleistung aus dem (künftigen)

## II. Insolvenzabwendungspflicht des kommunalen Gesellschafters?

Die Problematik einer möglichen Gefährdung der Versorgungssicherheit im Rahmen der stationären Versorgung würde erheblich eingeschränkt werden, wenn die Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines kommunalen Krankenhausträgers<sup>796</sup> dadurch faktisch ausgeschlossen wäre, dass den kommunalen Gesellschafter eine Insolvenzabwendungspflicht träfe.

Von der Frage der Unzulässigkeit des Insolvenzverfahrens ist damit die Frage zu unterscheiden, inwieweit eine Insolvenzabwendungspflicht der öffentlichen Hand besteht.<sup>797</sup> Eine solche Pflicht wird insbesondere in Bezug auf das Verhältnis von Kommunen zu kommunalen Eigengesellschaften im Bereich der Daseinsvorsorge diskutiert und u.a. aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet.<sup>798</sup> Dies hätte zur Folge, dass die Kommune trotz der Aufgabenwahrnehmung in privatrechtlicher Form das alleinige Finanzrisiko zu tragen hätte und das im Gesellschaftsrecht geltende Trennungsprinzip<sup>799</sup> aufgehoben wäre. Konsequenz wäre zudem die weitgehende materielle Insolvenzunfähigkeit kommunaler Eigengesellschaften, da der Insolvenzgrund der Überschuldung gem. § 19 InsO nur noch dann vorliegen könnte, wenn die Gemeinde selbst nicht in der Lage wäre, die benötigten Mittel zur Verfügung zu stellen.<sup>800</sup> Entsprechendes dürfte für die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO gelten.<sup>801</sup>

Im Folgenden sollen die wesentlichen Argumentationslinien skizziert und in den Gesamtkontext eingeordnet werden. Insbesondere soll umrissen werden, warum dem kommunalen Gesellschafter keine Insolvenzabwendungspflicht obliegt.

---

Vermögen der Krankenhausgesellschaft oder der Problematik der Gefährdung des zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens infolge der kommunalen Letztverantwortung für die bedarfsgerechte Krankenhausversorgung; vgl. zum Rechtsproblem der Insolvenz einer Kommune allgemein *Engelsing*, Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

<sup>796</sup> Gemeint ist die kommunale Gesellschaft, nicht die Kommune als Gesellschafter.

<sup>797</sup> Die Frage der Insolvenzfähigkeit trifft eine Aussage darüber, ob die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das schuldnerische Vermögen verfahrenstechnisch möglich ist, wohingegen die Insolvenzabwendungspflicht ein Tätigwerden im Vorfeld der Insolvenz verlangt.

<sup>798</sup> Vielfach wird auch ein öffentlich-rechtlicher Haftungsdurchgriff auf die Gemeinde für begründet erachtet. Schließlich kommt ein Durchgriff auf die Gemeinde, die Allein- oder Mehrheitsgesellschafterin einer kommunalen Eigengesellschaft ist, nach den allgemeinen Regeln über den existenzvernichtenden Eingriff in Betracht, vgl. m.w.N. *Parmentier*, DVBl. 2002, 1378.

<sup>799</sup> instruktiv Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/*Lieder*, GmbHG, § 13 Rn. 331.

<sup>800</sup> Mit der Insolvenzabwendungspflicht dürfte ein subjektives Recht und damit ein in einem Überschuldungsstatus zu aktivierender, vermögenswerter Anspruch der Eigengesellschaft einhergehen, mithin wäre das Schuldendeckungspotential des Aktivvermögens durchgehend gewährleistet, s. *Bornheimer*, FS Görg, 71, 75.

<sup>801</sup> So ebd., welcher betont, dass ein Anspruch gegen die Gemeinde nicht mit der allein für einen Liquiditätsstatus relevanten Finanzmittel-Liquidität gleichzusetzen ist, aber im Rahmen des zeitraumbezogenen Elements des Liquiditätsstatus auch Forderungen Liquidität vermitteln, soweit ihr kurzfristiger Zufluss ausreichend wahrscheinlich ist. Dies dürfte, so *Bornheimer*, angesichts der Vermutung des gesetzmäßigen Verhaltens der öffentlich-rechtlichen Gesellschafter regelmäßig anzunehmen sein.

## 1. Begründungsansätze einer Insolvenzabwendungspflicht<sup>802</sup>

Die Begründungsansätze einer Insolvenzabwendungspflicht des staatlichen/kommunalen Gesellschafters sind vielfältig und bemühen zumeist die öffentlich-rechtlichen Bindungen.<sup>803</sup>

So soll sich eine Insolvenzabwendungspflicht aus dem Sozialstaatsprinzip ergeben, denn die Garantie gewisser Mindeststandards in dem Bereich der Daseinsvorsorge, welche eine kommunale Aufgabe darstellt, ist Teil des Sozialstaatsprinzips.<sup>804</sup> Hieraus soll sich die durchgehende Pflicht ergeben, die zur Erfüllung der sozialen Aufgaben notwendigen Mittel bereitzustellen und die Einrichtungen somit funktionsfähig zu halten. *Alfuß*<sup>805</sup> folgert aus dem Rechtsstaatsprinzip eine Insolvenzabwendungspflicht<sup>806</sup>, denn die Gesellschafterstellung der öffentlichen Hand schaffe Vertrauen in ein geringes Risiko und ausreichende Liquidität. Bediene sich die öffentliche Hand zudem privatrechtlicher Werkzeuge, müsse aus dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip folgen, dass die Verwaltung sich von dem geschaffenen Vertrauen nicht einfach durch den ersatzlosen Wegfall des Schuldners distanzieren könne.<sup>807</sup> Erwähnt wird auch Art. 14 Abs. 1 GG hinsichtlich des Eigentums der Privatrechtsgläubiger an ihren Forderungen<sup>808</sup> sowie das Institut der Anstaltslast.<sup>809</sup>

*Naendrup*<sup>810</sup> stellt es zudem als widersprüchlich dar, dass alle Einwohner von den kommunalen Leistungen profitieren, aber im Falle der Insolvenz nur die Minderheit der Gläubiger dafür einstehen solle. Ein weiterer Begründungsansatz ist die Bemühung der Vorschriften des Gemeindefinanzrechts, deren Vorgabe, dass der öffentliche Zweck der Eigengesellschaften nachhaltig erfüllt sein muss, als Verlustausgleichs- und Insolvenzabwendungspflicht interpretiert wird.<sup>811</sup> Zuletzt werden auch Rechtsgedanken des

---

<sup>802</sup> Formal abzugrenzen ist diese Frage von der Diskussion um eine Durchgriffshaftung in Form einer generellen Verpflichtung, im Insolvenzfall für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen, denn im Gegensatz zu einer Insolvenzabwendungspflicht stellt die Durchgriffshaftung ein Gläubigerschutzinstrument gerade für den Fall da, dass die kommunale Eigengesellschaft bereits insolvent ist, zu dieser Unterscheidung s. *Ehricke*, IR 2008, 248, 253.

<sup>803</sup> Einführend hierzu s. *Bornheimer*, FS Görg, 71, 74.

<sup>804</sup> Zu diesem Ansatz s. *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH, S. 408: „würde die Gesellschaft [...] insolvent, die diese Mindeststandards garantiert, muss dies zu Lasten der örtlichen Gemeinschaft und insbesondere derjenigen gehen, die sich am wenigsten selbst helfen können“; zum Sozialstaatsprinzip als Begründungsansatz *Alfuß*, Staatliche Haftungsbeschränkung, S. 105 ff.

<sup>805</sup> *Ders.*, Staatliche Haftungsbeschränkung, S. 105 ff.

<sup>806</sup> *Weiland* „Konkursabwendungspflicht“.

<sup>807</sup> *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 323.

<sup>808</sup> hierzu ebd., welcher aber der Gemeinde ein Wahlrecht einräumt, ob sie die Insolvenz abwendet oder im Rahmen des Insolvenzverfahrens die Verluste ausgleicht.

<sup>809</sup> Hierzu *Röger*, Insolvenz kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, S. 197 ff.

<sup>810</sup> *Ders.*, Privatrechtliche Haftungsbeschränkung, S. 182 ff.; so auch *Erbguth/Stollmann*, DÖV 1993, 798, 807.

<sup>811</sup> Zu diesem Ansatz *Kuhl/Wagner*, ZIP 1995, 433, 445, welche dem Gemeindefinanzrecht jedoch letztlich nur eine objektiv-rechtliche Funktion beimessen, aus dem subjektiv-rechtliche Ansprüche nicht abgeleitet werden können; so auch *Vallender*, ZInsO 2016, 773, 774; vgl. zu diesem Ansatz auch *Ehricke*, IR 2008, 248, 252, welcher anführt, dass das Gebot der kommunalen Haftungsbegrenzung gegen eine

Verwaltungsprivatrechts angeführt, wonach die Eigengesellschaft zum Schutze des Bürgers wie der Verwaltungsrechtsträger selbst zu behandeln sei und damit gleichen Bindungen unterläge.<sup>812</sup>

## **2. Skizzierung dogmatischer Einwände<sup>813</sup>**

Gegen die zuvor dargestellte Insolvenzabwendungspflicht erheben sich indes gewichtige dogmatische Einwände.

### **a) Überdehnung des Sozialstaatsprinzips**

Die materielle Unbestimmtheit des Sozialstaatsprinzips erhöht allgemein die Begründungsbedürftigkeit von Ansprüchen. Insbesondere wird man festhalten müssen, dass die öffentliche Hand aus dem Sozialstaatsprinzip heraus verpflichtet ist, gewisse Einrichtungen der Daseinsvorsorge zu erhalten, sich allerdings hinsichtlich der Frage des „wie“ keine konkreten Vorgaben ableiten lassen.<sup>814</sup> Wenn sich also schon für die Art und den Umfang der Leistungen keine konkreten Vorgaben ableiten lassen, dann muss dies erst Recht für die Form gelten, derer sich die öffentliche Hand bedient, um Leistungen zu erbringen.<sup>815</sup>

Der Bürger wird damit zwar durch die Gewährleistungsverpflichtung des Staates geschützt, jedoch nur im Allgemeinen und nicht bezogen auf die einzelne Einrichtung, die solche Aufgaben wahrnimmt.

### **b) Kein Sonderopfer der Gläubiger**

Weiterhin besteht auch kein Sonderopfer der Gläubiger, da diese eine rechtsgeschäftlich begründete Sonderbeziehung eingegangen sind, welche wirtschaftlichen Risiken immanent sind, derer sich die Gläubiger freiwillig ausgesetzt haben.<sup>816</sup> Die alleinige Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge kann nicht als hinreichende Begründung gesehen werden, wirtschaftliche Risiken im Krisenfall zu sozialisieren. Stellte man sich auf den entgegengesetzten Standpunkt, würde dies dazu führen, jegliches Vertragsrisiko auszuschließen und einen Anreiz setzen, auch und gerade mit unrentablen kommunalen Eigengesellschaften zu kontrahieren und damit einen Vorteil zu Lasten der Allgemeinheit geltend zu machen. Dies stünde im Widerspruch zu dem, einem marktwirtschaftlichen System immanenten, Grundsatz der freien Chancen- und Risikoverteilung.<sup>817</sup>

---

Insolvenzabwendungspflicht spreche, welche mit überzeugenden Argumenten auch eine teleologische Reduktion entsprechender Vorschriften ablehnt.

<sup>812</sup> So zuletzt v. u. z. *Franckenstein*, WM 2004, 511, 513 f.

<sup>813</sup> Zum Meinungsstand s. auch *Ehricke*, in: Jaeger, InsO, § 12 Rn. 51.

<sup>814</sup> So *Kuhl/Wagner*, ZIP 1995, 433, 436; Zu dieser Differenzierung s. auch *Knauff*, WiVerw 2011, 80, 86 ff.

<sup>815</sup> *S. Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH, S. 409.

<sup>816</sup> So ebd.

<sup>817</sup> Ebd.

### c) Insolvenzrecht als Ausgleich

Mit der beschränkten Haftung gehen insolvenzrechtlichen Antragspflichten, der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz, sowie straf- und haftungsrechtliche Sanktionsmechanismen einher, welche das zusätzliche, den Gläubigern bekannte, Risiko ausgleichen.<sup>818</sup> Der Gläubiger kann darauf vertrauen, dass die Vorgaben des Insolvenz- und Gesellschaftsrechts eingehalten werden und dass der prägende Grundsatz der gleichmäßigen und anteiligen Gläubigerbefriedigung konsequent umgesetzt wird.<sup>819</sup>

### d) Haftungsprivilegierung des Gesellschaftsrechts

Würde man eine Insolvenzabwendungspflicht bejahen, würde dies zu einer Verdrängung der dem Gesellschaftsrecht immanenten Haftungsprivilegierung durch öffentlich-rechtliche Pflichten führen.<sup>820</sup> Ein solcher Widerspruch zu einem zentralen Prinzip eines Rechtsgebiets ist jedoch nicht angezeigt. Dies zeigt schon ein Blick in die Gemeindeordnungen der Länder, welche die für Kapitalgesellschaften typusbestimmte Haftungsbegrenzung sogar als zwingende Voraussetzung wirtschaftlicher Betätigung statuieren.<sup>821</sup> Hierdurch soll verhindert werden, dass die Gemeinden unübersehbare finanzielle Risiken eingehen.<sup>822</sup> Eine Insolvenzabwendungspflicht würde dieses Ziel letztlich konterkarieren, da die jeweilige Gemeinde zu unbegrenzten Nachschüssen verpflichtet wäre.<sup>823</sup>

### e) Grundsatz der Insolvenzfähigkeit

Der Gesetzgeber hat in §§ 11 f. InsO den Grundsatz normiert, dass es sich bei denjenigen Rechtssubjekten, die qua Gesetz nicht insolvenzrechtsfähig sein können, um besondere Ausnahmen handelt. Würde nun aber auch eine kommunale Eigengesellschaft de facto als insolvenzunfähig angesehen werden, würde dies dem Grundsatz der besonderen Anordnung zuwiderlaufen. Zudem würde eine Insolvenzabwendungspflicht dazu führen, dass eine

---

<sup>818</sup> S. *Bornheimer*, FS Görg, 71, 76 f.; s. auch *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH, S. 409, welcher zu Recht anführt, dass die Vertragspartner von der Kommune jederzeit zusätzliche Sicherheiten für ihre Forderung verlangen können.

<sup>819</sup> *Bornheimer*, FS Görg, 71, 77.

<sup>820</sup> *Vallender*, ZInsO 2016, 773, 774.

<sup>821</sup> Z.B. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW; weiterhin verbietet § 108 Abs. 1 Nr. 5 GO NRW der Gemeinde, sich zur Übernahme von Verlusten in unbegrenzter Höhe zu verpflichten; hierzu ausführlich *Bornheimer*, FS Görg, 71, 75; *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH, S. 399 f.; *Ehricke*, IR 2008, 248, 249.

<sup>822</sup> Für NRW statt vieler *Söbbeke*, in: *Articus/Schneider*, GO NRW, § 108 Rn. 4.

<sup>823</sup> s. auch *Bornheimer*, FS Görg, 71, 76; moderater allerdings § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BbgKVerf., wonach der Gesellschaftsvertrag der kommunalen Gesellschaft sicherzustellen hat, dass sich die Gemeinde nur im Ausnahmefall zur Übernahme von Verlusten verpflichtet und die Verlustausgleichsverpflichtung auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist, der sich seiner Höhe nach an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gemeinde ausrichtet; zur gesellschaftsvertraglichen Nachschusspflicht s. auch *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH, S. 405, welcher eine unbegrenzte Nachschusspflicht für unbedenklich hält, soweit es sich um eine „Pflichtaufgabe“ der Gesellschaft handelt.

Differenzierung der Insolvenzfähigkeit für juristische Personen des Privatrechts vorgenommen würde, welche nicht in Einklang mit § 11 Abs. 1 S. 1 InsO steht.<sup>824</sup>

#### **f) Subsidiarität staatlicher Aufgabenwahrnehmung**

Wenn Staatstätigkeit versagt, ist sie durch private Wettbewerbsteilnehmer abzulösen, soweit diese die Aufgabe mindestens in gleichem Maße erfüllen können. Mit diesem Postulat wäre es hingegen nicht vereinbar, wenn der Staat verpflichtet wäre, auch defizitäre Einrichtungen am Markt zu belassen.

In diesem Sinne ist auch eine Entscheidung des OLG Celle zu verstehen, welches im Jahr 2000 im Rahmen der Insolvenz einer kommunalen GmbH über die Insolvenzabwendungspflicht der Gemeinde zu entscheiden hatte.<sup>825</sup> Diese lehnte das Gericht unter anderem mit dem Argument ab, dass es für kommunale Einrichtungen keine Ewigkeitsgarantie gäbe. Dies muss im vorliegenden Kontext gerade dann gelten, wenn prinzipiell auch Private zur Aufgabenerfüllung bereitstehen.

Eines solches Ergebnis kommt einfachgesetzlich zudem in § 1 Abs. 2 S. 1 KHG und dem dort normierten Grundsatz der Trägervielfalt zum Ausdruck.<sup>826</sup>

### **3. Zwischenergebnis**

Damit ist eine Insolvenzabwendungspflicht des kommunalen Gesellschafters abzulehnen. Dies muss selbst dann gelten, wenn das insolvente Krankenhaus für die bedarfsgerechte stationäre Versorgung der Bevölkerung notwendig ist, weil keine Versorgungsalternativen bestehen. Für eine derart weitgehende Nichtanwendung insolvenzrechtlicher Grundsätze bestehen keine durchgreifenden Argumente. Damit lässt sich festhalten, dass eine Gemeinde in der Frage einer Insolvenzabwendungspflicht zunächst nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte und Pflichten habe als jeder andere Gesellschafter. Insoweit gilt aber auch, dass es – soweit beihilferechtliche Gesichtspunkte beachtet werden – im Ermessen der Kommunen steht, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens etwa über das Instrument der Defizitfinanzierung zu verhindern. Ein solches Ermessen verdichtet sich hingegen aus den genannten Gründen nicht zu einer Pflicht.<sup>827</sup>

---

<sup>824</sup> So wohl auch *Ehrlicke*, IR 2008, 248, 252.

<sup>825</sup> In dem Fall hatte die Gemeinde eine Kurbetriebs-GmbH mit dem Ziel gegründet, Fremdenverkehr anzuziehen; die GmbH betrieb zudem mehrere Einrichtungen, bspw. ein Thernalschwimmbad, erwirtschaftete aber jahrelang Verluste, hierzu OLG Celle GmbHR 2001, 342 ff.

<sup>826</sup> So auch *Bornheimer*, FS Görg, 71, 77.

<sup>827</sup> So auch *Bornheimer*, FS Görg, 71, 78, welcher darauf hinweist, dass die Insolvenzabwendung nicht die einzige Lösung zur Aufrechterhaltung des öffentlich-rechtlich gebotenen Krankenhausbetriebes darstelle.

### III. Umsetzung der staatlichen Letztverantwortung für die Aufrechterhaltung einer bedarfsgerechten Krankenhausversorgung im Insolvenzverfahren

Von der Insolvenzabwendungspflicht ist die aus der Letztverantwortung folgende sog. Betriebsaufrechterhaltungspflicht zu unterscheiden. Gerade in ländlichen Gebieten kann die Schließung eines Krankenhausbetriebes zu erreichbarkeitsrelevanten Versorgungslücken führen, sodass die letztverpflichtete Kommune sicherzustellen hat, dass es zu keiner *Betriebseinstellung* kommt, da es andernfalls zu einer Gefährdung der Notfallversorgung in der betroffenen Region kommen würde.

#### 1. Zäsurwirkung des § 80 InsO – Nebeneinander von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bleibt die Gesellschaft zunächst bestehen. Die Eröffnung stellt zwar einen Auflösungsgrund gem. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG dar, beseitigt aber nicht die Fähigkeit der Gesellschaft, Träger von Rechten und Pflichten zu sein; insoweit besteht die Gesellschaft als aufgelöste fort.<sup>828</sup>

Der in § 80 Abs. 1 InsO geregelte Übergang der Befugnis zur Verwaltung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens und zur Verfügung über die Vermögensgegenstände der Insolvenzmasse dient dazu, die Insolvenzmasse möglichst ungeschmälert zur gleichmäßigen und gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger zu erhalten.<sup>829</sup> An dieser Stelle bestehen Wechselwirkungen zu den gesellschaftsrechtlichen Normen, wobei im Grundsatz von einem Nebeneinander beider Rechtsgebiete auszugehen ist. Das Insolvenzrecht regelt, inwieweit dem die dem Schuldner zustehenden Rechte und Pflichten auf den Insolvenzverwalter übergehen, das Gesellschaftsrecht beschäftigt sich wiederum mit der Frage, wer innerhalb der Gesellschaft die bei dieser verbliebenen Kompetenzen ausübt.<sup>830</sup> Auf den Insolvenzverwalter gehen dabei diejenigen gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen über, die einen Massebezug aufweisen und damit den Insolvenzzweck der Haftungsverwirklichung betreffen; der nichtvermögensrechtliche Bereich verbleibt beim Schuldner selbst.<sup>831</sup> Weiterhin ändert sich durch die Verfahrenseröffnung auch nicht die Organstruktur der Gesellschaft, die organschaftlichen Rechte und Pflichten sind hingegen auf den insolvenzfreien Bereich beschränkt.<sup>832</sup> Die Gesellschafterversammlung verbleibt oberstes Organ der Gesellschaft und kann etwa Änderungen des Gesellschaftsvertrages beschließen, soweit diese den Insolvenzzweck nicht gefährden.<sup>833</sup> Hierzu gehören etwa Änderungen in der Kapitalstruktur, wie der Beschluss über und die Durchführung von effektiven Kapitalerhöhungen (§§ 55

<sup>828</sup> Ausführlich Gottwald/Haas/Kolmann/Pauw, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 289.

<sup>829</sup> Instruktiv MüKoInsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 1.

<sup>830</sup> Homann, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Hd. Insolvenzverwaltung, § 26 Rn. 7.

<sup>831</sup> Die zur Vertretung und Geschäftsführung berufenen Gesellschafter verlieren damit mit Verfahrenseröffnung hinsichtlich der Insolvenzmasse ihre Kompetenzen, ebd., Rn. 30; zum verbleibenden gesellschaftsinternen Aufgabenbereich der Geschäftsführer vgl. Gottwald/Haas/Kolmann/Pauw, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 304.

<sup>832</sup> Gottwald/Haas/Kolmann/Pauw, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 291.

<sup>833</sup> Vgl. etwa Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 60 Rn. 53; Heckschen/Heidinger, Kap. 19 Rn. 129.

ff. GmbHG), das Einfordern von Nachschüssen (§ 24 GmbHG) oder die vereinfachte Kapitalherabsetzung (§§ 58a ff. GmbHG).

Ferner kommt es zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks in der Weise, dass an die Stelle des Zwecks der werbenden Gesellschaft der Liquidationszweck tritt.<sup>834</sup> Der Zweck einer Krankenhausgesellschaft wandelt sich von der Ausrichtung auf die bedarfsgerechte und wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen hin zum Ziel der Haftungsverwirklichung durch die Verwertung des Gesellschaftsvermögens oder nach Maßgabe des Insolvenzplans auf den Erhalt des Unternehmens.

Innerhalb der verbandlichen Organisation sind nun die Gläubiger und der amtlich bestellte Insolvenzverwalter im Rahmen seiner nach § 80 Abs. 1 InsO zustehenden Befugnisse zur Verfolgung des Insolvenzszwecks befugt.<sup>835</sup> Die Organisation der werbenden Gesellschaft orientiert sich weitgehend an den Interessen der Gesellschafter, während die Insolvenzabwicklung durch die Interessen der beteiligten Gläubiger bestimmt wird.<sup>836</sup>

## 2. Betriebsfortführungspflicht

Allgemein gesehen setzt ein gerichtliches Insolvenzverfahren den Schlusspunkt hinter ein gescheitertes wirtschaftliches Engagement und ist damit Ergebnis marktwirtschaftlicher Mechanismen.<sup>837</sup> Innerhalb des eröffneten Insolvenzverfahrens kommt sodann der Gläubigerautonomie eine zentrale Bedeutung zu. Ausprägung hiervon ist § 157 InsO und die damit einhergehende Entscheidung im Berichtstermin über die Aufgaben des Verwalters hinsichtlich der Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse.<sup>838</sup> Dem Wortlaut nach haben die Gläubiger über eine Stilllegung oder eine vorläufige Fortführung des Betriebes oder aber über die Ausarbeitung eines Insolvenzplans zu entscheiden. Beschlussfassungen, insbesondere über die ersten beiden Möglichkeiten, setzen voraus, dass das Unternehmen zum Zeitpunkt des Berichtstermins noch funktionsfähig ist.<sup>839</sup> Insoweit hat der Insolvenzverwalter das schuldnerische Unternehmen grundsätzlich einstweilen fortzuführen; für den vorläufigen Insolvenzverwalter ergibt sich diese Verpflichtung aus § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO und gilt erst recht für den Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung, dessen Aufgaben und Kompetenzen weitreichender sind.<sup>840</sup>

Aus § 1 InsO ergibt sich zunächst, dass die Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren kein Selbstzweck ist, Ziel und Rechtfertigung der Betriebsfortführung vielmehr allein darin liegen, die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse im Vergleich zu anderen Formen der Insolvenzabwicklung zu

---

<sup>834</sup> M.w.N. MüKoInsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 111; etwas anders Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh/Fastrich, GmbHG, § 60 Rn. 9, wonach es nicht zu einer Zweckänderung, sondern zu einer Überlagerung des bisherigen Zwecks durch den Liquidationszweck komme.

<sup>835</sup> Vgl. Göcke, Wechselwirkungen bei der Insolvenz, S. 9.

<sup>836</sup> Vgl. auch Uhlenbruck, FS Kirchhof, 479, 487.

<sup>837</sup> So auch Feser/Mönning, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 4 Rn. 1; vgl. ferner Pape/Uhlenbruck/Voigt-Saulus, Insolvenzrecht, Kap. 2 Rn. 4.

<sup>838</sup> Vgl. Braun/Haffa/Leichtle, InsO, § 157 Rn. 1.

<sup>839</sup> S. Uhlenbruck/Zipperer, InsO, § 157 Rn. 2.

<sup>840</sup> S. Gottwald/Klopp/Kluth/Pechartscheck, Insolvenzrechts-Handbuch, § 22 Rn. 45.



maximieren.<sup>841</sup> Die Verpflichtung zur Fortführung des Unternehmens folgt der Einsicht, dass sich das Insolvenzrecht in einem marktwirtschaftlichen System ökonomisch sinnvollen Sanierungen nicht versperren darf, wenn auf diese Weise die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger besser erreicht werden kann.<sup>842</sup> Zwischen den Arten der Massenverwertung besteht Gleichrang, die Insolvenzordnung sieht weder eine Zerschlagungsautomatik vor, noch ist die Sanierung vorrangiges Verfahrensziel.<sup>843</sup> Bis zur entscheidenden Weichenstellung im Berichtstermin dient aber die Fortführung auch dazu, die im Unternehmen verkörperten Vermögenswerte möglichst wirtschaftlich zu erhalten.<sup>844</sup>

Solange der Krankenhausbetrieb aufrechterhalten wird, besteht keine Versorgungsgefährdung und der Sicherstellungsauftrag beeinflusst den Ablauf des Insolvenzverfahrens nicht.

### **3. Wahrnehmung der Sicherstellungsverantwortung in Krise und Insolvenz der kommunalen Krankenhausgesellschaft**

Ist die Eigengesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet, so kann jeder Gläubiger und muss die Geschäftsführung einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Eigengesellschaft stellen. Zu klären ist, wie die Betriebsaufrechterhaltungspflicht in den jeweiligen zeitlichen Abschnitten umgesetzt werden kann.

#### **a) Zeitraum vor Insolvenzantragsstellung**

Im Vorstadium der Insolvenz kommt zur Vermeidung des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 InsO neben der Stundung von fälligen Verbindlichkeiten oder einer Überbrückungsfinanzierung auch das Instrument der Gesellschafterdarlehen<sup>845</sup> sowie eine Defizitfinanzierung<sup>846</sup> in Betracht.

---

<sup>841</sup> Feser/Mönning, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 4 Rn. 40.

<sup>842</sup> MüKoInsO/Haarmeyer, § 22 Rn. 84.

<sup>843</sup> Ebd., Rn. 41; vgl. ferner Becker, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 96 Rn. 2 („Sanierung von Unternehmensträgern ist nicht die erstrangige Aufgabe des Insolvenzverfahrens, zu deren Verwirklichung die Gläubiger Sonderopfer zu erbringen hätten.“).

<sup>844</sup> Gottwald/Klopp/Kluth/Pechartscheck, Insolvenzrechts-Handbuch, § 22 Rn. 46.

<sup>845</sup> Gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO werden im Insolvenzverfahren Rückzahlungsansprüche aus jeglichen Gesellschafterdarlehen von Gesetzes wegen nachrangig behandelt. Die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen außerhalb des Insolvenzverfahrens ist anfechtungsfrei, wenn sie vor der maßgeblichen Jahresperiode des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfolgt ist, vgl. etwa Leinekugel, in: Saalfrank, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 6 Rn. 539 ff.

<sup>846</sup> Dieser zielt auf die Zuführung finanzieller Mittel. Im bereits dargestellten Fall der Kreiskliniken Calw GmbH wies diese für das Jahr 2012 einen Fehlbetrag von mehr als 3 Mio. EUR und für das Jahr 2016 einen Fehlbetrag von mehr als 6 Mio. EUR aus. Infolgedessen beschloss der Kreistag, die Verluste für die Jahre 2012 bis 2016 auszugleichen und den Kreiskliniken Ausfallbürgschaften zur Absicherung von Investitionsdarlehen und Investitionszuschüssen zu gewähren, vgl. Friedrich/Leber, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 18 Rn. 27; detailliert zur Umsetzung vgl. Bulla, KommJur 2015, 245, 249; allerdings sollte eine solche Defizitfinanzierung nur in Betracht kommen, wenn das Krankenhaus für die Versorgung unverzichtbar ist und es ansonsten zu erreichbarkeitsrelevanten Versorgungslücken käme. Insbesondere müssen hier auch die Kosten gesehen werden, die einem Krankenhausträger durch das Aufschieben des Marktaustrittes durch den Defizitausgleich entstehen und in letzter Konsequenz zu einer Fehlallokation führen, d.h. dass

Weiterhin zu erwägen sind Maßnahmen, wie etwa eine außerinsolvenzliche Restrukturierung, Personalabbau, medizinische Schwerpunktbildung, die Zusammenführung des betreffenden Krankenhauses mit einem anderen, größeren und wirtschaftlich stärkeren Krankenhaus des gleichen Trägers, etc. bis hin zum Verkauf des Krankenhauses an einen fortführungsgewillten privaten oder freigemeinnützigen Träger. Sollte deren Fortführungsinteresse unter bestimmte finanzielle Bedingungen gestellt sein, kann auch deren Erfüllung - zu denken sind an verlorene Zuschüsse, Darlehen, Sicherheiten etc. - eine sachgerechte Wahrnehmung der staatlichen Letztverantwortung darstellen.<sup>847</sup>

Aus dem Sicherstellungsauftrag lässt sich hingegen kein konkretes Pflichtenprogramm destillieren, insoweit als dass der kommunale Gesellschafter etwa verpflichtet wäre, Gesellschafterdarlehen zur Vermeidung der Insolvenzgründe zur Verfügung zu stellen. Eine andere Sichtweise würde zur bereits dargestellten und aus dogmatischen Erwägungen abzulehnenden Insolvenzanwendungspflicht des kommunalen Gesellschafters führen.

Eine weitere Möglichkeit zur Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung auch in strukturschwachen Gegenden ist das Instrument der Sicherstellungszuschläge. Für die Vorhaltung von Leistungen, die auf Grund des geringen Versorgungsbedarfs mit den Fallpauschalen nicht kostendeckend finanzierbar und zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung bei einem Krankenhaus notwendig sind, sieht § 5 Abs. 2 KHentg i.V.m. § 17b Abs. 1 S. 6 bis 8 KHG sog. Sicherstellungszuschläge vor.<sup>848</sup> Nach § 5 Abs. 2 S. 1 und 2 KHentg setzt die Gewährung eines Sicherstellungszuschlags voraus, dass im Einzugsgebiet des betreffenden Krankenhauses ein geringer Versorgungsbedarf besteht, in diesem deshalb eine kostendeckende Finanzierung nicht möglich ist und zudem die Vorhaltung der Leistungen des Krankenhauses für die Versorgung der Bevölkerung notwendig ist. Liegen die Voraussetzungen vor, so wird der Sicherstellungszuschlag gem. § 5 Abs. 2 S. 2 KHentg i.V.m. § 17b Abs. 1 S. 9 KHG von den Vertragsparteien der Entgeltvereinbarung nach § 11 KHentg vereinbart.<sup>849</sup> Allerdings setzt die Gewährung auch das Vorliegen eines geringen Versorgungsbedarfes i.S.v. § 136 Abs. 3 Nr. 2 SGB V voraus, so dass ein Sicherstellungszuschlag nicht allein aufgrund der Unwirtschaftlichkeit eines Krankenhauses gewährt wird.<sup>850</sup>

---

finanzielle Mittel unwirtschaftlich und am Markt vorbei eingesetzt werden und zu Lasten der öffentlichen Hand gehen und letztlich nicht dort zur Verfügung stehen, wo ihnen ein effizienterer Nutzen beizumessen wäre. Diese müssen den Kosten der Schließung eines Krankenhauses gegenübergestellt werden, als Beispiel seien hier Infrastrukturbereinigungskosten, etwa durch den Abriss des Gebäudes, oder Vertragsabwicklungskosten zu nennen; Letztlich ist zudem das insolvenzbedingte Ausscheiden aus dem Markt Ausdruck einer funktionierenden Marktwirtschaft, dessen Ausleseprozess grundsätzlich nicht durch staatliche Interventionen behindert werden darf, vgl. Vgl auch *Koch*, in: Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher, Unternehmenssanierung, Kap. 5 Rn. 107.

<sup>847</sup> So ausdrücklich *Bornheimer*, FS Görg, 71, 80.

<sup>848</sup> Instruktiv *Vollmöller*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 5 KHentg Rn. 3.

<sup>849</sup> Ebd. Rn. 5; zu den Vorgaben des G-BA i.R.v. § 136c SGB V vgl. bereits oben Erster Teil. F. V.

<sup>850</sup> Ein geringer Versorgungsbedarf liegt laut G-BA vor, wenn die durchschnittliche Einwohnerdichte im Versorgungsgebiet des Krankenhauses unterhalb von 100 Einwohnern je Quadratkilometer liegt. Zudem gilt für alle bestehenden Krankenhäuser, die auf einer Insel liegen, ein geringer Versorgungsbedarf als gegeben, vgl. die Stellungnahme des G-

## b) Insolvenzeröffnungsverfahren

Im Insolvenzeröffnungsverfahren ist vom Gericht zu prüfen, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorliegen.

### aa) Allgemein

Ein Insolvenzverfahren wird nach § 13 InsO nur auf Antrag eines Gläubigers oder des Schuldners selbst eingeleitet. Hinzuweisen ist in diesem Kontext auf § 15a InsO, wonach die Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person ohne schuldhaftes Zögern, mindestens aber innerhalb von drei Wochen nach Eintritt eines Insolvenzgrundes den Insolvenzantrag stellen müssen.<sup>851</sup> Bei einem Gläubigerantrag sieht die InsO spezielle Zulassungsvoraussetzungen vor. Neben dem Vorliegen eines rechtlichen Interesses hat der Gläubiger nach § 14 Abs. 1 InsO seine Forderung und den Eröffnungsgrund glaubhaft zu machen.<sup>852</sup>

Für den Zeitraum zwischen dem Eingang eines zulässigen Antrags und dessen Zurückweisung, Rücknahme oder der Verfahrenseröffnung hat das Insolvenzgericht nach § 21 Abs. 1 InsO von Amts wegen alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um nachteilige Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten.<sup>853</sup> Insbesondere kann das Gericht gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen. Das Pflichtenprogramm des vorläufigen Insolvenzverwalters ergibt sich wiederum aus § 22 InsO.

Das Gesetz kennt verschiedene Arten der vorläufigen Insolvenzverwaltung, insbesondere ist zu differenzieren, ob dem Schuldner i.Sv. § 22 Abs. 1 S. 1 InsO ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt worden ist, so dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergeht.<sup>854</sup> Anstelle der Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots kann das Gericht einen allgemeinen Zustimmungsvorbehalt für den bestellten vorläufigen Insolvenzverwalter anordnen. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verbleibt dabei dem Schuldner.<sup>855</sup>

Insoweit gilt auch zu berücksichtigen, dass die alleinige Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder gar die Antragsstellung nicht die zwangsläufige Betriebseinstellung mit sich bringt. Wird ein solcher Antrag gestellt, ist die Kommune wie bereits gezeigt nicht verpflichtet, umgehend der Eigengesellschaft die Mittel zur Verfügung zu stellen, die ausreichen, den Insolvenzgrund zu beseitigen.<sup>856</sup>

---

BA, abrufbar unter: <https://www.g-ba.de/institution/presse/pressemitteilungen/650> (19.03.2018).

<sup>851</sup> Vgl. hierzu im Kontext einer Krankenhaus-GmbH auch *Leinekugel*, in: Saalfrank, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 6 Rn. 500.

<sup>852</sup> Hierzu *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz, § 1 Rn. 29.

<sup>853</sup> S. ebd., Rn. 36.

<sup>854</sup> Sog. „starker“ Insolvenzverwalter, hierzu vgl. statt vieler *BeckOKInsO/Windau*, § 22 Rn. 102 ff.

<sup>855</sup> Hierzu vgl. *Braun/Böhm*, InsO, § 22 Rn. 22 ff.

<sup>856</sup> S. auch *Flöther*, LKV 2014, 62, 65.

*bb) Die vorzeitige Betriebseinstellung*

Der vorläufige „starke“ Insolvenzverwalter<sup>857</sup> ist hingegen unter zwei Voraussetzungen zur Stilllegung des Schuldnerbetriebes berechtigt. Einerseits muss diese erforderlich sein, um eine erhebliche Verminderung des Haftungsvermögens zu vermeiden und andererseits muss das Insolvenzgericht der Betriebsstilllegung zustimmen, § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO. Stilllegung ist sodann jedes faktische Verhalten, durch das der betriebliche Leistungsprozess zum Erliegen gebracht wird.<sup>858</sup>

Soweit die erste Voraussetzung vorliegt, ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, die Zustimmung des Insolvenzgerichts zur vorzeitigen Betriebsstilllegung einzuholen.<sup>859</sup> Nicht jeder Vermögensverzehr reicht aus, eine Stilllegungsentcheidung zu begründen, vielmehr ist eine fallbezogene Beurteilung erforderlich. Die Zumutbarkeitsgrenze ist dabei aber überschritten, wenn Unterdeckungen drohen, die auch durch die Veräußerung wesentlicher Vermögensgegenstände nicht abgedeckt werden können.<sup>860</sup> Insgesamt ist eine vorzeitige Betriebsstilllegung immer nur dann geboten, wenn sich ohne entsprechende Kompensation durch einen Sanierungserfolg die weiteren Verluste für die Gläubiger als unzumutbar darstellen.<sup>861</sup> Weitere Voraussetzung ist, dass das Insolvenzgericht der Stilllegung zustimmt. Dies setzt einen Antrag des Insolvenzverwalters voraus, wobei zu beachten ist, dass das Entscheidungsrecht bezüglich der Stilllegung bei dem vorläufigen Verwalter liegt, das Insolvenzgericht also nur als Kontrollinstanz tätig wird, die Stilllegung aber nicht von sich aus anordnen kann.<sup>862</sup> Besteht schon ein vorläufiger Gläubigerausschuss gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO, sollte dieser unterrichtet werden, hingegen bedarf es mangels Kompetenzzuweisung keiner eigenständigen Zustimmung.<sup>863</sup>

Fraglich ist, ob der (vorläufige) Insolvenzverwalter bei der Entscheidung, einen Antrag bei dem zuständigen Insolvenzgericht auf vorzeitige Betriebsstilllegung zu stellen, neben den Gläubigerinteressen auch volkswirtschaftliche Interesse der Allgemeinheit und eventuelle sozialrechtliche Anliegen, wie etwa die Sicherstellung der bedarfsgerechten Krankenhausversorgung, mit zu berücksichtigen hat.<sup>864</sup> Mit anderen Worten ist zu fragen, ob der Sicherstellungsauftrag, der einfachgesetzlich vorrangig den Kommunen auferlegt ist,

---

<sup>857</sup> Ansonsten bedarf diese Kompetenz einer gerichtlichen Anordnung gem. § 22 Abs. 2 S. 2 InsO, grundsätzlich verbleibt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei dem Schuldner und damit auch die Entscheidung, ob ein Betrieb eingestellt wird, vgl. zur gerichtlichen Kompetenzzuweisung K. Schmidt/Hölzle, InsO, § 22 Rn. 30.

<sup>858</sup> Vgl. Uhlenbruck/Zipperer, InsO, § 158 Rn. 4.

<sup>859</sup> So Uhlenbruck/Vallender, InsO, § 22 Rn. 32.

<sup>860</sup> Einzelheiten bei Mönning, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 173 ff.; insoweit gilt, dass es auf einen Vermögensvergleich zwischen dem Zeitpunkt der Anordnung der vorläufigen Verwaltung und dem noch fiktiven Zeitpunkt der Entscheidung über die Verfahrenseröffnung ankommt, aus welchem die Prognose abgeleitet werden muss, dass die Vermögensbeeinträchtigung in der Form einer erheblichen Vermögensminderung mindestens 25 % beträgt, vgl. Mönning, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 11 Rn. 111.

<sup>861</sup> S. Uhlenbruck/Vallender, InsO, § 22 Rn. 34.

<sup>862</sup> S. ebd., Rn. 37.

<sup>863</sup> Ebd.

<sup>864</sup> Diese Frage aufwerfend Undritz, in: Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher, Unternehmenssanierung, Kap. 9 Rn. 2.

Ausstrahlungen in das Insolvenzverfahren auf die Tätigkeit des Insolvenzverwalters entfaltet.

Die Rechte und Pflichten des Insolvenzverwalters beziehen sich vornehmlich auf die Insolvenzmasse, die er zu sichern, verwalten, verwerten und unter den Insolvenzgläubigern zu verteilen hat.<sup>865</sup> Nach der vorherrschenden Amtstheorie<sup>866</sup> handelt der Insolvenzverwalter materiellrechtlich sowie prozessual im eigenen Namen und aus eigenem Recht, jedoch mit Wirkung für und gegen die Masse und wird dabei in Erfüllung der ihm auferlegten gesetzlichen Verpflichtungen tätig.<sup>867</sup> Diese Erkenntnis drückt im Kern aus, dass der Insolvenzverwalter nicht die Interessen bestimmter Beteiligter vertrete, weder die des Schuldners noch die der Insolvenzgläubiger.<sup>868</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung, ob der vorläufige Insolvenzverwalter den Geschäftsbetrieb im Insolvenzeröffnungsverfahren fortführen oder einstellen soll, allein im Interesse der Gläubiger an einer effektiven Haftungsverwirklichung und nicht etwa unter Beachtung des staatlichen Versorgungsauftrages zu treffen.<sup>869</sup> Dies lässt sich damit begründen, dass der Insolvenzverwalter als Inhaber eines öffentlichen Amtes pflichtgebunden primär im Hinblick auf die Haftungsverwirklichung<sup>870</sup> handelt.<sup>871</sup> Die Unternehmensfortführung durch den Insolvenzverwalter gehört demgemäß zu seinen Rechten und Pflichten, *soweit* diese dem Insolvenzziel dient, indem sie auf geordnete Liquidation, Sanierung oder Veräußerung des Unternehmens gerichtet ist.<sup>872</sup>

Die öffentlich-rechtlichen Bindungen der Eigengesellschaft und insbesondere der kommunalen Gesellschafter, namentlich die Versorgungsverantwortung hinsichtlich der Erbringung von Krankenhausleistungen, haben damit keine Relevanz für das Handeln des Insolvenzverwalters.<sup>873</sup> Allein ein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Krankenhausbetriebes kann eine Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren nicht rechtfertigen.<sup>874</sup>

Damit liegt ab dem Zeitpunkt der Bestellung eines vorläufigen starken Insolvenzverwalters die Entscheidung, den bedarfsnotwendigen Krankenhausbetrieb aufrechtzuerhalten, nicht mehr in der gesellschaftsrechtlichen Sphäre, sichergestellt durch die Einflussnahme des kommunalen Gesellschafter auf den Geschäftsführer, sondern außerhalb bei dem Insolvenzverwalter und dem Insolvenzgericht. Regelmäßig wird jedoch der vorläufige Insolvenzverwalter vor der Antragstellung mit dem Schuldner über die Notwendigkeit der Stilllegung

---

<sup>865</sup> Statt vieler *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 15.01, vgl zur umfangreichen Diskussion um die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters auch *MüKoInsO/Ott/Vuia*, § 80 Rn. 20 ff.

<sup>866</sup> M.w.N. ebd., Rn. 27.

<sup>867</sup> Ausführlich *KPB/Lüke*, InsO, § 80 Rn. 37 f.

<sup>868</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 15.06.

<sup>869</sup> *Bornheimer*, FS Görg, S. 71, 79.

<sup>870</sup> Zur Prinzip der Haftungsverwirklichung *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.12

<sup>871</sup> *Bornheimer*, FS Görg, S. 71, 79.

<sup>872</sup> S. *MüKoInsO/Ott/Vuia*, § 80 Rn. 111; ausdrücklich auch *Uhlenbruck/Vallender*, InsO, § 22 Rn. 35.

<sup>873</sup> *Bornheimer*, FS Görg, S. 71, 79.

<sup>874</sup> Ebd., greift also die Fortführung der insolventen Krankenhausesellschaft infolge einer laufenden Unterdeckung das Haftungssubstrat der Gläubiger an und rechtfertigen keine wirtschaftlichen Gründe eine weitere Verlustfortführung, muss es zwangsläufig zu einer Betriebsstilllegung kommen; so auch *Vallender*, ZInsO 2016, 773, 775.

reden und diese mit ihm abstimmen, um dessen Mitwirkungsbereitschaft im weiteren Verfahren nicht unnötig aufs Spiel zu setzen und ihn dadurch in die Lage zu versetzen, dem Verwalter und dem Insolvenzgericht seine Auffassung vorzutragen und die Fortführung seines Betriebes zu erreichen.<sup>875</sup>

Ab diesem Zeitpunkt verdichtet sich der allgemeine Sicherstellungsauftrag der Kommune zu einer Handlungsverpflichtung i.S.e. Schutzpflicht dergestalt, dass sie als Gesellschafterin der insolventen aber bedarfsnotwendigen Krankenhausgesellschaft die Einstellung des Krankenhausbetriebes im Insolvenzverfahren verhindern muss, da andernfalls die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung gefährdet ist. Zwar nimmt insoweit die Sicherstellungsverpflichtung keinen Einfluss auf insolvenzrechtliche Verfahrensgrundsätze, verpflichtet aber die Kommune auf das Eröffnungsverfahren dergestalt Einfluss zu nehmen, dass es nicht zu einer Stilllegung des Betriebes kommt. Hierbei wird in der Regel die Außenfinanzierung bspw. durch Bereitstellung eines Gesellschafterdarlehens<sup>876</sup> oder die bereits angesprochene Defizitfinanzierung<sup>877</sup> eine Rolle spielen.<sup>878</sup>

Der sozialstaatliche Sicherstellungsauftrag adressiert erst dann einen Auftrag zur Finanzierung der Betriebsfortführung - und nicht bloß eine allgemeine Pflicht zur Sicherstellung der Versorgung - wenn durch eine sonst zwangsläufig eintretende Stilllegung des Krankenhausbetriebes Gefahren für das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des Einzelnen droht, weil nicht mehr genügend Krankenhauseinrichtungen vorgehalten werden.

Die hier aufgezeigte Finanzierungspflicht zur Betriebsfortführung gilt auch für den Fall, dass ein schwacher Insolvenzverwalter bestellt wird. Im Unterschied zum eingangs skizzierten sog. starken Insolvenzverwalter ist die Einsetzung eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters mit gerichtlicher Kompetenzzuweisung nach § 22 Abs. 2 InsO weniger einschneidend, da das handlungsbestimmende Initiativrecht beim Schuldner verbleibt.<sup>879</sup> Den vorläufigen

---

<sup>875</sup> Hierzu MüKoInsO/Haarmeyer, § 22 Rn. 119.

<sup>876</sup> Vertragspartner des Gesellschafterdarlehens im vorläufigen Insolvenzverfahren ist die schuldnerische Gesellschaft, soweit kein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden ist. Wurde ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und gleichzeitig ein Zustimmungsvorbehalt i.S.v. § 21 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt i.V.m. § 22 Abs. 2 InsO angeordnet, ist der Vertragspartner ebenfalls der Schuldner; die Wirksamkeit hängt allerdings von der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters ab. Wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und diesem die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen, ist der Vertragspartner der vorläufige Insolvenzverwalter, vgl. hierzu *Pluta/Ch. Keller/Mönning*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 16 Rn. 59; vor dem Hintergrund der skizzierten grundsätzlichen Betriebsfortführungspflicht wird der Insolvenzverwalter in aller Regel jedenfalls die Zustimmung erteilen. Im Falle des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters besteht die Problematik einer möglichen Haftung aus § 61 InsO, soweit der Rückzahlungsanspruch, welcher hier eine Masseverbindlichkeit darstellt, nicht aus der Insolvenzmasse voll erfüllt werden kann; insoweit ist eine Haftungsfreistellung in Betracht zu ziehen, vgl. BeckOKInsO/Desch/Sranz, § 61 Rn. 33.

<sup>877</sup> Verstanden als Zuführung finanzieller Mittel für die weitere Betriebstätigkeit, vgl. *Bornheimer*, FS Görg, 71, 80.

<sup>878</sup> Im Gegensatz zur Innenfinanzierung aus Umsatzüberschüssen, welche i.d.R. im Insolvenzfall nicht mehr ausreichend vorhanden sind, vgl. *Pluta/Ch. Keller/Mönning*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 16 Rn. 4.

<sup>879</sup> Ausführlich MüKoInsO/Haarmeyer, § 22 Rn. 127 ff.

Insolvenzverwalter treffen die in § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–3 InsO genannten Pflichten grundsätzlich auch dann, wenn das Gericht dem Schuldner nicht gleichzeitig ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt. Schon aufgrund der allgemeinen Insolvenzzielbestimmung in § 1 InsO ist auch der schwache vorläufige Insolvenzverwalter verpflichtet, an der Fortführung des Krankenhausbetriebs mitzuwirken.<sup>880</sup> Erst wenn der kooperative Weg zwischen vorläufigem Insolvenzverwalter und dem schuldnerischen Krankenhausbetrieb bzw. dem Krankenhausträger, die erforderlichen Maßnahmen vorzunehmen, gescheitert ist, ist der schwache vorläufige Insolvenzverwalter gehalten, zusätzliche Ermächtigungen beim Insolvenzgericht bis hin zur Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf ihn anzuregen.<sup>881</sup> Insoweit bleibt festzuhalten, dass auch hier die Kommune ihrer Finanzierungsverpflichtung in den entsprechenden Stadien so nachzukommen hat, dass eine Betriebseinstellung verhindert werden kann.

Der letzte zu betrachtende Fall ist derjenige der vorläufigen Eigenverwaltung. Nach Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung entscheidet das Insolvenzgericht hier über die Anordnung und die Bestellung eines vorläufigen Sachwalters. Ein vorläufiger Insolvenzverwalter wird nicht bestellt, d.h. der Schuldner bleibt verwaltungs- und Verfügungsbefugt, § 270a Abs. 1 InsO. Der vorläufige Sachwalter hat lediglich überwachende Funktion.<sup>882</sup> Er hat dabei zukunftsgerichtet auch die Fortführungskonzeption zu überprüfen und zu beurteilen. Dies schließt regelmäßig eine Kontrolle der Planrechnung und Liquiditätsplanung des Schuldners ein, ebenso wie die Beurteilung geplanter Umstrukturierungen mit den verbundenen Kosten, der erwarteten Wettbewerbsfähigkeit und sonstiger betriebswirtschaftlicher Beurteilungen und Planrechnungen.<sup>883</sup> Hier steht es der verpflichteten Kommune mithin durch einen weitreichenden verbleibenden Handlungsspielraum frei, selbstständig etwa Sanierungskonzepte vorzubereiten und hier ihrer Finanzierungspflicht dergestalt nachzukommen, dass eine Betriebseinstellung verhindert wird.

Wenn indes trotz der Bemühungen der Kommune Anlass zur Vermutung besteht, dass die Fortführung der Eigenverwaltung zu drohenden Nachteilen für die Gläubiger führen wird, muss der vorläufige Sachwalter gem. §§ 270a Abs. 1 S. 2, 274 Abs. 3 InsO dies dem Insolvenzgericht anzeigen. Das Insolvenzgericht kann nach § 74 InsO eine Gläubigerversammlung einberufen, in der über den Antrag auf Aufhebung der Eigenverwaltung nach § 272 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu beschließen ist.<sup>884</sup> Wurde die Aufhebung der Eigenverwaltung beschlossen und ist der Beschluss in Rechtskraft erwachsen, wird das Verfahren als reguläres Insolvenzverfahren fortgesetzt.<sup>885</sup>

Wie aufgezeigt, stehen der verpflichteten Kommune zusammenfassend im Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen ihrer Eigengesellschaft wie auch im Falle der vorläufigen Eigenverwaltung entsprechende

---

<sup>880</sup> Vgl. BeckOKInsO/Windau, § 22 Rn. 63.

<sup>881</sup> Hölzle, ZIP 2011, 1889, 1992 f.

<sup>882</sup> Ausführlich zu den Aufgaben und zur Stellung des vorläufigen Sachwalters vgl.

Uhlenbruck/Zipperer, InsO, § 270a Rn. 26 ff.

<sup>883</sup> MüKoInsO/Tetzlaff/Kern, § 274 Rn. 49.

<sup>884</sup> MüKoInsO/Tetzlaff/Kern, § 274 Rn. 65.

<sup>885</sup> BeckOKInsO/Ellers, § 272 Rn. 28.

Steuerungsmechanismen zur Verfügung, um eine hier drohende Betriebseinstellung abzuwenden.<sup>886</sup>

### c) Eröffnetes Insolvenzverfahren

Ist das Insolvenzgericht vom Vorliegen eines Insolvenzgrundes überzeugt und reicht die Masse zur Deckung der Verfahrenskosten aus, wird nach § 27 InsO das Insolvenzverfahren durch den Eröffnungsbeschluss eröffnet und der Insolvenzverwalter bestellt.

Die Gesellschaftsorgane bleiben als Elemente der gesellschaftsrechtlichen Organisation auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehen und soweit kein Insolvenzplanverfahren betrieben wird, entscheiden auch weiterhin die Gesellschafter allein über Satzungsänderungen, Kapitalerhöhungen oder Umwandlungen. Hiervon strikt zu unterscheiden ist die Zuständigkeit des *Insolvenzverwalters* für die Fortführung, Einstellung oder Veräußerung des Unternehmens. Jedoch obliegt dem Insolvenzverwalter bis zum sog. Berichtstermin weiterhin eine Betriebsfortführungspflicht.<sup>887</sup> Im Berichtstermin sollen die Gläubiger sodann entscheiden, ob sie eine Betriebsfortführung wünschen, die Ausarbeitung eines Insolvenzplans beauftragen, oder sich von einer Zerschlagung höhere Befriedigungsaussichten versprechen.<sup>888</sup> Will der Verwalter eine vorherige Stilllegungs- oder Veräußerungsentscheidung erwirken, so hat er die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen (§ 158 Abs. 1 InsO).<sup>889</sup>

Dies zeigt, dass im eröffneten Insolvenzverfahren letztlich die Gläubiger die Entscheidung über die Fortführung des Geschäftsbetriebes treffen und nicht die öffentliche Hand als Gesellschafterin. Den Gläubigern kann die Fortführung eines defizitären und damit masseschmälernden Geschäftsbetriebes nicht aufgezwungen werden.<sup>890</sup> Dieses „Heft aus der Hand geben“ mag für den am Gemeinwohl orientierten Gesellschafter zu einem Dilemma führen, ist aber letztlich die rechtliche Konsequenz der privatrechtlichen Organisation mit ihren vorgesehenen Regeln des Marktaustritts.<sup>891</sup>

Damit stellt sich die Frage, ob und wie der kommunale Gesellschafter angesichts seiner Letztverantwortung auf das schwebende Insolvenzverfahren

---

<sup>886</sup> Dies setzt naturgemäß die entsprechende finanzielle Ausstattung der Kommune voraus; Hierbei handelt es sich allerdings nicht um eine Thematik, die speziell das Insolvenzverfahren betrifft, sondern allgemein die Frage aufwirft, wie insbesondere die ländliche Krankenhausversorgung – gerade hier werden die skizzierten Erreichbarkeitsvorgaben akut – auch in Zeiten der demographischen Entwicklung und festzustellender Binnenmigration und damit einhergehender Ausdünnung ganzer Landstriche angesichts begrenzter finanzieller Ressourcen sichergestellt werden kann.

<sup>887</sup> Der Insolvenzverwalter darf das Unternehmen nur dann vorzeitig stilllegen oder veräußern, wenn hierfür hinreichende Gründe vorliegen, diese können rechtlicher wie wirtschaftlicher Natur sein, vgl. MüKoInsO/Görg/Janssen, § 158 Rn. 13 ff.

<sup>888</sup> Statt aller MüKoInsO/Görg/Janssen, § 157 Rn. 1.

<sup>889</sup> Auf Antrag des Schuldners kann das Insolvenzgericht zwar die Stilllegung des Schuldnerbetriebes oder andere besonders bedeutsame Rechtshandlungen vorläufig untersagen, aber auch nur, wenn die Gläubigerversammlung nicht bereits ihre Zustimmung erteilt hat, §§ 158 Abs. 2 Satz 2, 161 Satz 2.

<sup>890</sup> S. auch Niering, FS Vallender, 349, 357.

<sup>891</sup> Ebd. („Eine politisch nicht ohne weiteres vermittelbare, aber rechtlich konsequente Folge“).



Einfluss nehmen kann, um dieses im Sinne der Sicherstellung der bedarfsge- rechten Versorgung zu gestalten. Zudem soll aufgezeigt werden, dass das In- solvenzverfahren trotz der Problematik des Auseinanderfallens von Sicherstel- lungsverpflichtung und Entscheidungsgewalt ein taugliches Sanierungsinstru- ment auch für Krankenhaussträger darstellt.

*aa) Einflussnahme des kommunalen Gesellschafters auf das Insolvenzverfahren*

Gläubigergleichbehandlung bedeutet nicht per se eine gleichmäßige Befriedi- gung, aber die Insolvenzordnung sieht die Gläubigergleichbehandlung als Re- gelkonzept vor.<sup>892</sup> Fraglich erscheint im vorliegenden Kontext, ob und inwie- weit die staatliche Letztverantwortung diesen Grundsatz zu beeinflussen ver- mag.<sup>893</sup> Diese Frage ist von dem Spannungsfeld zwischen den Interessen des Insolvenzverwalters an der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger und den Interessen des kommunalen Gesellschafters, Entscheidungen unter der Prä- misse der Aufrechterhaltung der Versorgung zu treffen, geprägt.<sup>894</sup>

*bb) Stimmrecht in der Gläubigerversammlung*

Fraglich ist, ob der kommunale Gesellschafter nach Eröffnung des Insolvenz- verfahrens die Betriebsstilllegung mit Hilfe insolvenzrechtlicher Maßnahmen verhindern kann. Die Gläubigerversammlung beschließt in der Regel nur dann die Stilllegung des insolventen Unternehmens, wenn dessen Liquidationswert die Werte aller anderen Verwertungsalternativen übersteigt.<sup>895</sup> Damit kann der Erhalt des schuldnerischen Unternehmens durch eine zu erwartende höhere Befriedigungsquote gerade auch im Interesse der Gläubiger liegen.<sup>896</sup> Denkbar ist, dass die Kommune eine Insolvenzforderung gegen die Krankenhausgesell- schaft geltend machen kann oder jedenfalls das Land etwa einen öffentlich- rechtlichen Erstattungsanspruch in Bezug auf die Rückzahlung von Fördermit- teln innehat, so dass diesen in Bezug auf die Eigengesellschaft eine Insolvenzg- läubigerstellung i.S.d. § 38 InsO zukommt.

Gem. § 74 Abs. 1 S. 2 InsO sind zur Teilnahme an der Gläubigerversammlung, welche insbesondere auch über die Einstellung des Krankenhausbetriebes im Berichtstermin beschließt, alle absonderungsberechtigten Gläubiger, *alle In- solvenzgläubiger*, die Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Schuldner berechtigt. Gem. § 76 Abs. 2 InsO kommt der Beschluss der Gläubigerver- sammlung zustande, wenn die Summe der Forderungsbeträge der zustimmen- den Gläubiger mehr als die Hälfte der Summe der Forderungsbeträge der ab- stimmenden Gläubiger beträgt. In der wohl allenfalls theoretisch denkbaren Si- tuation, dass die Betriebsfortführung im Berichtstermin allein deshalb be- schlossen wird, dass andernfalls die stationäre Versorgung der Bevölkerung

---

<sup>892</sup> S. K. Schmidt, InsO, § 1 Rn. 5.

<sup>893</sup> Diese Frage ebenfalls aufwerfend Vallender, ZinsO 2016, 773.

<sup>894</sup> Anschaulich Vallender, welcher von einem „Zugriff“ des kommunalen Gesellschafters auf das Krankenhaus spricht, ders., ZInsO 2016, 773, 781.

<sup>895</sup> S. MüKoInsO/Görg/Janssen, § 157 Rn. 6.

<sup>896</sup> So auch Grünewald, Mehrheitsherrschaft in der Unternehmenssanierung, S. 28.

nicht gewährleistet sei<sup>897</sup>, könnte dieser Beschluss gem. § 78 InsO aufgehoben werden, wenn er dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widerspricht. § 78 InsO dient insoweit dazu, dem Missbrauch einer Mehrheit in der Gläubigerversammlung entgegenzuwirken.<sup>898</sup> Antragsberechtigt sind die absonderungsberechtigten Gläubiger, die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger und der Insolvenzverwalter.

Ein Widerspruch zum gemeinsamen Gläubigerinteresse liegt vor, wenn der Beschluss einseitig dem Sonderinteresse eines Gläubigers oder einer Gläubigergruppe auf Kosten des Gesamtinteresses aller Insolvenzgläubiger Rechnung trägt.<sup>899</sup> Zu berücksichtigen ist, dass § 78 Abs. 1 InsO eng auszulegen, und zudem im Einzelfall schwer feststellbar sein kann, was das gemeinsame Gläubigerinteresse ist.<sup>900</sup> Allerdings lässt sich als konkretes Interesse, welches jeder Gläubiger hat, die Verringerung seines individuellen Ausfalls beschreiben. Eine Realisierung aller solcher individuellen Interessen der einzelnen Gläubiger ist nur erreichbar, wenn unter Bewahrung des Grundsatzes der anteilmäßig gleichen Verteilung die Haftungsmasse des Schuldners vergrößert wird.<sup>901</sup>

Vor diesem Hintergrund kommt es dann darauf an, ob die Entscheidung, den Krankenhausbetrieb aufrechtzuerhalten, offenkundig im Widerspruch zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung stünde. *Vallender*<sup>902</sup> weist zurecht darauf hin, dass der alleinige Hinweis des anfechtenden Antragsstellers, eine Betriebsstilllegung verspreche *wahrscheinlich* eine umfassendere Befriedigung, nicht ausreiche.

#### cc) *Stimmrecht im Gläubigerausschuss*

Will der Insolvenzverwalter den Krankenhausbetrieb vor dem Berichtstermin einstellen, so hat er gem. § 158 Abs. 1 InsO die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen, soweit ein solcher bestellt ist.<sup>903</sup> Im Gläubigerausschuss sollen die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen und die Kleingläubiger vertreten sein. Insoweit kann also auch das Land als Träger der öffentlichen Verwaltung in einem Gläubigerausschuss vertreten sein, soweit diesem ein förderrechtlicher Erstattungsanspruch zusteht. Auch hier ist aber die Entscheidung über die Betriebsfortführung oder -stilllegung im haftungsrechtlichen Interesse der Gläubiger zu treffen.<sup>904</sup>

---

<sup>897</sup> Hierfür müssten also die Kommune/Land mehr als die Hälfte der Summe der Forderungsbeträge innehaben; In einem solchen Fall würde aber die Insolvenz in aller Regel schon vor Eintritt der materiellen Insolvenzreife durch bspw. die Möglichkeit des Defizitausgleichs verhindert werden.

<sup>898</sup> S. Uhlenbruck/*Knof*, InsO, § 78 Rn. 1.

<sup>899</sup> Ebd., Rn. 11.

<sup>900</sup> Vgl. MüKoInsO/*Ehricke*, § 78 Rn. 17.

<sup>901</sup> Ebd.

<sup>902</sup> *Ders.*, ZInsO 2016, 771, 775 (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>903</sup> Die Mehrheitserfordernisse richten sich nach § 72 InsO; erforderlich ist die Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

<sup>904</sup> Allerdings ist das Gericht nicht berechtigt, analog § 78 InsO Beschlüsse des Gläubigerausschusses auf Antrag eines Beteiligten zu beanstanden oder aufzuheben, s. Uhlenbruck/*Knof*, InsO, § 67 Rn. 26.

#### dd) Kapitalerhöhung

Eine weitere Einflussnahmemöglichkeit ist die Kapitalerhöhung in der Insolvenz. Die Sanierung eines Rechtsträgers in- und außerhalb des Insolvenzverfahrens hängt zumeist von der Zuführung frischen Eigenkapitals ab.<sup>905</sup> Gesellschaftsrechtlich steht hier die Möglichkeit der Kapitalerhöhung gem. § 55 ff. GmbHG zur Verfügung. Den Gesellschaftern – mithin auch der Kommune – steht es zu jedem Zeitpunkt frei, den Insolvenzgrund durch eine Kapitalerhöhung zu beseitigen und nach der dann folgenden Einstellung des Insolvenzverfahrens, § 212 InsO, einen Fortführungsbeschluss zu fassen.<sup>906</sup>

#### ee) Sanierungsoptionen

Unabhängig der Frage, ob und wie die Betriebseinstellung verhindert werden kann, stellt die Insolvenzordnung einen Rahmen zur Sanierung und Reorganisation des Krankenhausträgers bereit, wodurch Wirtschaftlichkeits- und Effizienzpotentiale gehoben werden können.

##### (1) Die Insolvenzordnung als Sanierungsinstrument

Die Entscheidung, ob die Sanierung versucht werden soll, liegt in den Händen der Gläubiger, § 157 InsO. Die Sanierung selbst ist dann regelmäßig Aufgabe des Insolvenzverwalters. In der Praxis haben sich insbesondere die Eigenverwaltung, das Insolvenzplanverfahren und die sog. übertragende Sanierung als erfolgreiche Restrukturierungsmaßnahmen im Gesundheitswesen im Allgemeinen und für Krankenhäuser im Besonderen erwiesen.<sup>907</sup>

Das Verfahren der Eigenverwaltung und das Insolvenzplanverfahren dienen dabei i.S.d. § 1 S.1 InsO zum Erhalt des Krankenhausträgers, um die bestmögliche Gläubigerbefriedigung zu erreichen. Im Zuge der übertragenden Sanierung hingegen findet eine Trennung der Aktiva (Vermögensgegenstände) und der Passiva (Schulden) statt, indem bestimmte Vermögenswerte auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden. Hierdurch können ertragsfähige von nicht ertragsfähigen Unternehmensteilen getrennt und erstere fortgeführt werden.<sup>908</sup>

Probleme können sich aus der Fortführungsfinanzierung ergeben. An dieser Stelle sei aber auf die wichtigste Quelle, die Vorfinanzierung der Arbeitslöhne durch das Insolvenzgeld i.S.d. §§ 165 ff. SGB III, verwiesen. Das Insolvenzgeld dient der insolvenzbedingten Sicherung rückständiger Lohnansprüche und fördert die Betriebsfortführung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter, da die Arbeitnehmer wegen des Insolvenzgeldes eher zur Weiterbeschäftigung und auch zur Erbringung von Arbeitsleistungen im Voraus bereit sind.<sup>909</sup>

Gerade das Insolvenzrecht bietet hier durch die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes, dem Insolvenzplanverfahren, der übertragenden Sanierung sowie

---

<sup>905</sup> Vgl. Gundlach/Frenzel/Schmidt, NZI 2007, 692.

<sup>906</sup> Göcke, Wechselwirkungen bei der Insolvenz, S. 59.

<sup>907</sup> Wobei anzumerken ist, dass die Erfolgsaussichten des gewählten Sanierungsinstruments maßgeblich nach dem Rechtsträger des Unternehmens zu differenzieren sind, instruktiv Gutsche, GuP 2012, 52.

<sup>908</sup> Vgl. auch Spieß/Mönning, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 24 Rn. 1 ff.

<sup>909</sup> Ausführlich Gottwald/Bertram, Insolvenzrechts-Handbuch, § 10 Rn. 3 ff.

spezifischen arbeitsrechtlichen Regelungen, etwa die §§ 123, 125 InsO, aussichtsreiche Sanierungsmöglichkeiten. Die Grenze der Sanierungsbemühungen, es sei wiederholt erwähnt, stellt hingegen die Konzeption des Insolvenzverfahrens als im Interesse der Gläubiger durchzuführendes Gesamtvollstreckungsverfahren dar.<sup>910</sup> Die Sanierung ist mithin eine von mehreren möglichen Mitteln zur Haftungsverwirklichung.

## (2) Übertragende Sanierung

Eine Störung der Aufgabenerfüllung lässt sich selbst dann vermeiden, wenn kein kirchlicher, privater oder sonst freigemeinnütziger Träger für eine Übernahme des Krankenhausbetriebes bereitsteht und eine Sanierung mittels Insolvenzplans nicht möglich ist. In einer solchen Situation könnte die Kommune eine weitere Eigengesellschaft gründen und die Aufgaben der bisherigen Eigengesellschaft übertragen.<sup>911</sup> Allein auch hier zu berücksichtigen ist, dass die Entscheidung, ob die Vermögenswerte des Krankenhauses auf einen neuen Träger übertragen werden, nicht in der Hand der Kommune und dem Geschäftsführer der bisher bestehenden Eigengesellschaft steht, sondern der Gläubigerautonomie unterliegt, vgl. §§ 157, 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO.<sup>912</sup>

Im Rahmen übertragender Sanierungen stellen sich regelmäßig die rechtsträgerspezifischen Berechtigungen als problematisch dar. Gemeint sind hiermit in erster Linie die Vertragsverhältnisse des Schuldners, die nur mit Zustimmung des Gläubigers auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden können, wie z.B. Miet- und Pachtverträge, ferner aber auch Nutzungsrechte sowie insbesondere die im Rahmen der Insolvenz zu berücksichtigenden gewerberechtlichen Genehmigungen nach § 30 GewO, die Aufnahme in den Krankenhausplan und damit die Zulassung zur stationären Versorgung oder auch die Ansprüche auf Fördermittelleistungen.<sup>913</sup>

## (3) Insolvenzplan

Als Instrument der Sanierung eines Krankenhauses kommt neben der übertragenden Sanierung auch die Sanierung mittels eines Insolvenzplans unter Erhalt des Rechtsträgers in Betracht. Eine solche Möglichkeit bietet für im Gesundheitswesen beteiligte Unternehmen Vorteile gegenüber der übertragenden Sanierung, welche etwa Probleme bei der ärztlichen Schweigepflicht und beim Patientendatenschutz mit sich bringt.<sup>914</sup> Hauptgrund für ein Insolvenzplanverfahren anstelle einer übertragenden Sanierung ist hingegen bei Plankrankenhäusern das Ziel des Erhalts des Rechtsträgers, dessen Eintrag im Landeskrankenhausplan beim Asset Deal verloren gehen würde.<sup>915</sup> Der Insolvenzplan

---

<sup>910</sup> So auch *Denkhaus*, in: Schmidt, Sanierungsrecht, § 1 InsO Rn. 4; instruktiv *Grünwald*, Mehrheitsherrschaft in der Unternehmenssanierung, S. 9, 25.

<sup>911</sup> So *Vallender*, ZInsO 2016, 773, 780; *Kuhl/Wagner*, ZIP 1995, 433, 436; vgl. ferner *Parmentier*, DVBl. 2002, 1378, 1382.

<sup>912</sup> Vgl. MüKoInsO/Görg/Janssen, § 157 Rn. 16.

<sup>913</sup> Instruktiv *Undritz*, in: Kübler, HRI, § 2 Rn. 13 f.; ferner *Runkel/Schulte*, ZIP 2008, 852, 856.

<sup>914</sup> Hierzu *Ziegler*, ZInsO 2014, 1577, 1590.

<sup>915</sup> Vgl. *Stadler*, NZI 2018, 49, 52 f.

kann mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden und gem. § 218 Abs. 1 S. 2 InsO eingereicht werden.<sup>916</sup>

#### (4) Eigenverwaltung

Die Eigenverwaltung gem. §§ 270 ff. InsO ist vom Gedanken geprägt, dass es unter bestimmten Voraussetzungen sinnvoll sein kann, dem Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das verhaftete Vermögen zu belassen.<sup>917</sup> Dem eingesetzten Sachwalter obliegt dabei die Überwachung der unternehmerischen Tätigkeit.<sup>918</sup> Das Verfahren der Eigenverwaltung ist vornehmlich für die Sanierung des insolventen Rechtsträgers konzipiert.<sup>919</sup> Das Gericht soll dabei, sofern der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos ist, nach § 270a InsO im Eröffnungsverfahren davon absehen, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder anzuordnen, dass alle Verfügungen nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Gem. § 270a Abs. 2 InsO wird ein vorläufiger Sachwalter bestellt, der die Geschäftsleitungsorgane, welche nicht durch Beschränkungen nach § 21 InsO in ihrer Verfügungsgewalt eingeschränkt sind, zu überwachen hat.<sup>920</sup> In diesem Kontext ist auch das Schutzschirmverfahren i.S.d. § 270b InsO zu sehen. Mit dem so genannten Schutzschirm soll dem Schuldner zwischen Eröffnungsantrag und Verfahrenseröffnung ein eigenständiges Sanierungsverfahren zur Verfügung gestellt werden.<sup>921</sup> Das Schutzschirmverfahren soll einen Anreiz für eine möglichst frühzeitige Insolvenzantragsstellung liefern und die Gelegenheit eröffnen, unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters einen Insolvenzplan auszuarbeiten, der nach Verfahrenseröffnung in Eigenverwaltung umgesetzt wird.<sup>922</sup>

Die Insolvenzantragsstellung mit gleichzeitiger Beantragung der Eigenverwaltung sowie das Schutzschirmverfahren stellen für den Krankenhauträger geeignete Sanierungsinstrumente dar, bei der die Kommune durch ihren Einfluss auf den Geschäftsführer weitgehende Steuerungsmöglichkeiten behält.<sup>923</sup>

---

<sup>916</sup> Zu den Schwierigkeiten des Umgangs mit einem möglichen Widerruf von Fördermitteln im Insolvenzplanverfahren und möglichen Lösungen vgl. *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 160 ff; allgemein zur Frage der krankenhausrechtlichen Fördermittel in der Insolvenz vgl. unten Erster Teil I. C.

<sup>917</sup> Auf das Verfahren finden im Wesentlichen die Vorschriften über das Regelverfahren (§§ 11 ff. InsO) entsprechende Anwendung, soweit in den §§ 270 ff. InsO nicht anderes bestimmt hier, instruktiv *Gottwald/Haas*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 86 Rn. 3 ff.

<sup>918</sup> Zu den insolvenztypischen Aufgaben des Sachwalters vgl. ebd.

<sup>919</sup> Eigenverwaltung kann aber auch angeordnet werden, wenn der Schuldner eine sanierende Übertragung oder die Liquidation des Geschäftsbetriebs anstrebt, vgl. etwa *Beck-OKInsO/Ellers*, § 270 Rn. 3.

<sup>920</sup> Vgl. *Flitsch/Bimbreier/Mönning*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 17 Rn. 27.

<sup>921</sup> *Braun/Riggert*, InsO, § 270b Rn. 1.

<sup>922</sup> *Landry*, in: *Mohrbutter/Ringstmeier*, Hd. Insolvenzverwaltung, § 15 Rn. 69.

<sup>923</sup> Zum Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung der Dominikus-Krankenhaus Düsseldorf-Heerdts GmbH vgl. *Voskuhl/Cordes*, KH 2017, 190.

#### 4. Zusammenfassung

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als solche stellt keine Gefahr für die bedarfsgerechte Versorgung mit Krankenhausleistungen dar; insbesondere stellt die Insolvenzordnung geeignete Sanierungsinstrumente bereit.

Allerdings kann die skizzierte Orientierung des Insolvenzverfahrens an den Gläubigerinteressen in Widerspruch mit den am Gemeinwohl orientierten Interessen des staatlichen Gesellschafters auch in den Bereichen wirtschaftlicher Betätigung in den Formen des Privatrechts stehen.<sup>924</sup> Dieses Spannungsfeld wird vorsinsolvenzlich durch verschiedene Vorgaben in den Kommunalverfassungen adressiert.<sup>925</sup> Durch die Zäsurwirkung des § 80 InsO und dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter erfolgt eine Schwächung der kommunalen Steuerungsbefugnisse, da folgend sämtliche Maßnahmen im Rahmen einer Betriebsfortführung von dem Insolvenzverwalter und letztlich den Gläubigern zu treffen sind und dem Schuldner und den Gesellschaftsorganen keine Einwirkungsmöglichkeiten mehr auf das operative Geschäft verbleiben.<sup>926</sup>

Aber auch im Falle des Insolvenzverfahrens wird die Aufrechterhaltung des Krankenhausbetriebes von der Betriebsaufrechterhaltungspflicht des Insolvenzverwalters gesichert, die zwar aus Gründen der Gläubigerautonomie besteht, aber mittelbar auch der staatlichen Verpflichtung zugutekommt.

Letztlich besteht aber aus Sicht der letztverpflichteten Kommune jederzeit die Möglichkeit, die Insolvenz durch die Zurverfügungstellung von Kapital abzuwenden. Dies zeigt aber auch, dass die Sicherstellungsverpflichtung nicht die Gläubiger trifft und insoweit keine Aufrechterhaltung des Krankenhausbetriebes zu Lasten eben jeder Gläubiger erfolgen kann. Die Finanzierungsverantwortung trifft auch im Insolvenzverfahren den staatlichen Träger. Dies ist sowohl im Lichte der Grundkonzeption der Insolvenzordnung stringent als auch deshalb, weil durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens kein Wechsel der Zielverantwortung stattfindet.<sup>927</sup> Dieser Verantwortung kann aber die Kommune auch weiterhin gerecht werden. Die hiervon zu unterscheidende Frage ist, ob die Kommune genügend finanzielle Ressourcen besitzt um bspw. eine flächendeckende Versorgung in dünn besiedelten Gebieten sicherzustellen. Dies wiederum ist kein primärer Problembereich des Insolvenzrechts und der Steuerungsmechanismen, sondern vielmehr eine Frage der ordnungspolitischen Strukturierung des Krankenhauswesens in Deutschland.

---

<sup>924</sup> Vgl. *Jarass*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 56 f.; allerdings haben auch die Gläubiger zumeist ein Interesse an der Fortführung eines Unternehmens, dies skizzierend *Buchalik* ZInsO 2015, 484, 486.

<sup>925</sup> Bspw. müssen die Kommunen einen angemessenen Einfluss auf die privatrechtliche Gesellschaft erhalten und die Haftung der Kommune muss in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit stehen, vgl. instruktiv *Flöther/Gundlach*, NVwZ 2016, 881, 882.

<sup>926</sup> Vgl. *Flitsch/Birnbreier/Mönning*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 17 Rn. 27.

<sup>927</sup> Zum Institut der Zielverantwortung *Burgi*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, § 75 Rn. 31.

## 5. Insolvenz bedarfsnotwendiger materiell privatisierter Krankenhausesellschaften

Wesentlich schwieriger ist die Wahrnehmung der Letztverantwortung im Falle der Insolvenz bedarfsnotwendiger materiell privatisierter Krankenhausesellschaften. Auch hier stehen jedoch der Kommune in einem ersten Schritt die bereits konturierten Handlungsoptionen zur Verfügung, insbesondere kann diese verpflichtet sein, sich um die Übernahme des Krankenhausstandortes zu bemühen.

### a) Notwendigkeit vertraglicher Vereinbarungen

Infolge der materiellen Privatisierung wird das Eigentum an einem öffentlichen Krankenhaus an ein privates Unternehmen veräußert; aus dieser Grundkonzeption ergibt sich bereits eine Verringerung der Steuerungsmöglichkeiten der letztverpflichteten Kommune, welche insbesondere – Minderheitsbeteiligungen ausgenommen – keinen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben kann. Die Sicherstellungsverpflichtung wird in der Praxis etwa durch vertragliche Verpflichtungen zur bedarfsgerechten Versorgung oder der Integration von Lösungsklauseln<sup>928</sup> und Rückübertragungsverpflichtungen<sup>929</sup> in die Übernahmeverträge oder Heimfallrechte bei einem Erbbaurecht. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass das zur Leistungserstellung notwendige Material, d.h. entweder die Krankenhausesellschaft oder das Krankenhaus als bauliche Einheit, an den zuständigen Verwaltungsträger zurückfällt.<sup>930</sup>

Spiegelbildlich wird man die öffentlich-rechtliche Körperschaft als verpflichtet ansehen müssen, einen Krankenhausbetrieb zu übernehmen, wenn der private Träger sich zur Schließung eines Standortes entscheidet und dieses Krankenhaus für die bedarfsgerechte Versorgung zwingend notwendig ist.<sup>931</sup> Dogmatisch geht es um die Reservelfunktion des Staates und die Frage, ob eine Rückkehr zur Eigenerstellung von Leistungen erfolgen sollte.<sup>932</sup> Vorliegend ist hingegen zu konstatieren, dass es weniger um eine Frage des Pflichtenprogramms geht, als vielmehr darum, wie die Letztverantwortung tatsächlich umgesetzt werden kann.<sup>933</sup> Angesichts der Bedeutung der Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2

---

<sup>928</sup> Insolvenzbefindete Lösungsklauseln räumen die Möglichkeit ein, sich im Falle der Insolvenz des Vertragspartners über Rücktritt, Kündigung oder ein anderes einseitiges Gestaltungsrecht von der vertraglichen Bindung zu lösen und einen etwa bereits übereigneten Vertragsgegenstand zurückzuverlangen, instruktiv *Reul*, DNotZ 2008, 824.

<sup>929</sup> In Betracht kommt etwa ein durch Vormerkung gesicherter Rückübertragungsanspruch speziell für den Fall der Insolvenz; bei beweglichen Gegenständen bzw. GmbH-Geschäftsanteilen kann die insolvenzbedingte Lösungsklausel eine aufschiebend bedingte Rücküberweisung bzw. eine auflösend bedingte Überweisung enthalten, vgl. ebd.

<sup>930</sup> Vgl. *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 281; der Maßstab für die Zulässigkeit solcher Klauseln ist § 133 InsO und damit die Frage der Anfechtbarkeit wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung, vgl. ausführlich *Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, S. 78 ff.

<sup>931</sup> So *D. Prütting*, Komm KHGG NRW, § 1 Rn. 55.

<sup>932</sup> Ausführlich *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 626 ff.

<sup>933</sup> Hierzu anschaulich die Untersuchung *Wollenschlägers* zu den Möglichkeiten staatlicher Rückführungsoptionen, die aufgrund des Gesellschafts- und Umwandlungsrechts nicht autonom getroffen werden können, sondern die Mitwirkung der privaten Anteilseigner voraussetzen, so dass es zentral auf die Vertragsgestaltung ankommt, *ders.*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 153 ff.

S. 1 GG und der damit einhergehenden Bedeutung der Kontinuität der Leistungserbringung – jedenfalls die Gewährleistung der Notfallversorgung – ergibt sich, dass erreichbarkeitsrelevante Krankenhäuser den Betrieb nicht einstellen dürfen, soweit es dadurch zu einer Gefährdung der Gesundheitsbelange der Bevölkerung kommt.

Hieraus ergibt sich, dass die beschriebenen Lösungsklauseln nur für den Fall vorgesehen sein sollten, in dem es im Zuge des Insolvenzverfahrens zu einer Betriebseinstellung kommt. Eine solche Lösung entspricht dem Grundsatz der Subsidiarität der staatlichen Aufgabenwahrnehmung und trägt zudem dem Umstand Rechnung, dass die alleinige Insolvenzeröffnung nicht mit der Nichtversorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen verbunden ist.<sup>934</sup>

Soweit damit solche Klauseln vorgesehen wurden, kann die Kommune auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer materiell privatisierten Krankenhausgesellschaft ihrer Letztverantwortung gerecht werden und nach Rückübertragung des Krankenhauses die Versorgung selbst übernehmen. Nicht übersehen werden darf an dieser Stelle aber, dass die Wahrnehmung der Verantwortung mit erheblichen Steuerungsanforderungen einhergeht und dementprechende staatliche Ressourcen und Know-how erfordert.<sup>935</sup>

#### **b) Betriebseinstellungen als Gefahr für die öffentliche Sicherheit?**

Nun ließe sich auch über die Fallkonstellation nachdenken, dass ein privates Krankenhaus Insolvenz anmelden muss, der staatlichen Hand aber keine vertraglichen Rückfalloptionen zustehen, es aber durch die Betriebseinstellung zu einer Gefährdung der Sicherstellung der Notfallversorgung kommen würde. Eine solche Konstellation ist etwa dann denkbar, wenn es sich nicht um ein materiell privatisiertes Krankenhaus handelt, sondern um eine völlige Neugründung eines Krankenhausstandortes durch ein privates Krankenhausunternehmen.

Insoweit stehen also der Kommune keine Handlungsoptionen zur Verfügung, sie hat weder vertragliche Ansprüche, noch kann sie auf die Entscheidung der Gläubiger im Insolvenzverfahren Zugriff nehmen. Fraglich ist, ob die Ordnungsbehörden in einer solchen Situation beispielweise eine Verfügung an die Gläubiger erlassen könnten, die es diesen untersagt, in der Gläubigerversammlung für die Betriebseinstellung zu stimmen.<sup>936</sup>

Inhaltlich stimmen die Generalklauseln der Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder weitgehend überein und ermächtigen die Behörden zu einem Einschreiten dort, wo für die öffentliche Sicherheit oder öffentliche Ordnung eine Gefahr besteht oder bereits eine Störung eingetreten ist. Unter dem Begriff der öffentlichen Sicherheit ist die Unversehrtheit von Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen des Einzelnen sowie der Bestand und das Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen zu verstehen.<sup>937</sup> Mithin lassen sich auch

---

<sup>934</sup> Vgl. zu diesem Problemkreis auch *Knauff*, WiVerw 2011, 80, 91; *ders.*, DÖV 2009, 581, 583.

<sup>935</sup> Diese Problematik sehend *Butzer*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 74 Rn. 70.

<sup>936</sup> Selbiges gilt insoweit für den vorläufigen Insolvenzverwalter und die Betriebseinstellung im Eröffnungsverfahren.

<sup>937</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 3 ff.



die Gesundheitsbelange der Bevölkerung in Bezug auf die bedarfsnotwendige Versorgung unter dem Anwendungsbereich der Generalklausel subsumieren.<sup>938</sup> Weiterhin bedarf es aber auch des Vorliegens einer Gefahr, also einer Sachlage, die im Einzelfall in absehbarer Zeit die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts mit sich bringt.<sup>939</sup> Eine solche Gefahrenlage erscheint jedenfalls im Hinblick auf die Betriebseinstellung eines erreichbarkeitsrelevanten Krankenhauses annehmbar, soweit die Notfallversorgung dadurch erheblich eingeschränkt würde.<sup>940</sup>

Fraglich wäre aber die Störereigenschaft der Gläubiger. Störer ist dabei grundsätzlich derjenige, der durch ein eigenes Verhalten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verursacht hat oder Eigentümer, sonstiger Berechtigter oder Inhaber der tatsächlichen Gewalt bezüglich einer Sache ist, von der Gefahren ausgehen.<sup>941</sup> Selbst wenn man nun in der Entscheidung der Gläubigerversammlung, den Betrieb einzustellen, das gefahrerhebliche Verhalten sähe, ergebe sich ein Wertungsproblem, denn die Gläubiger üben lediglich die Ihnen durch die Insolvenzordnung eingeräumten Rechte aus. Insoweit ist anerkanntermaßen eine Einschränkung der Verantwortungszurechnung vorzunehmen und die Gläubiger könnten nur als Nichtstörer in Anspruch genommen werden.<sup>942</sup> Die Inanspruchnahme sog. Nichtstörer sehen die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder unter engen Voraussetzungen vor; zudem ist der Nichtstörer für den Schaden zu entschädigen, der ihm durch die Inanspruchnahme entsteht.<sup>943</sup>

Doch auch eine solche Inanspruchnahme sieht sich gewichtigen dogmatischen Bedenken ausgesetzt. Nicht auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden können nämlich besonders schwerwiegende Grundrechtseingriffe; für solche Eingriffe muss der Gesetzgeber die tatbestandlichen Voraussetzungen selbst näher ausgestalten.<sup>944</sup> Die Forderungen der Gläubiger gegen den insolventen Krankenhaussträger sind vom Schutzbereich der Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 GG erfasst.<sup>945</sup> Dies lässt die Notwendigkeit einer spezialgesetzlichen Ermächtigung naheliegend erscheinen. Entscheidend ist jedoch, dass eine Inanspruchnahme der Gläubiger und damit die Duldung der Fortführung eines defizitären Krankenhausbetriebes diesen die Aufgaben überbürden würde, die auf Grund des Sozialstaatsprinzips dem Staat und damit der Allgemeinheit obliegen. Es käme also durch die Überlagerung des zentralen Grundsatzes der insolvenzrechtlichen Gläubigerautonomie zu einer Überleitung der krankenhausrrechtlichen Sicherstellungsverantwortung aus dem Sozialstaatsprinzip, welche einfachrechtlich in §§ 1, 6 KHG sowie in den Landeskrankenhausgesetzen der Länder kodifiziert ist, auf die Gläubiger. Dieses Ergebnis ist

---

<sup>938</sup> Vgl. auch *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, S. 72.

<sup>939</sup> Statt vieler *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 69.

<sup>940</sup> Vgl. hierzu bereits die Unterscheidung der verschiedenen Arten der Unterversorgung unter Erster Teil I. F. V.

<sup>941</sup> *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 229.

<sup>942</sup> Vergleichbar erscheinen diese Fälle mit der Inanspruchnahme eines Vermieters, dem aufgegeben wird, ein ergangenes Räumungsurteil nicht zu vollstrecken, vgl. OVG Lüneburg, Beschluss v. 14. 12. 2009 - 11 ME 316/09 = NJW 2010, 1094; ferner *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 341 ff.

<sup>943</sup> So etwa § 10 HmbSOG.

<sup>944</sup> Statt vieler *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 50.

<sup>945</sup> Vgl. BeckOKGG/*Axer*, Art. 14 Rn. 48 f.

jedenfalls aufgrund dieser weitreichenden Auswirkungen nicht über die polizeirechtlichen Generalklauseln zu erreichen, so dass eine Untersagungsverfügung in Bezug auf die Gläubigerversammlung sowie in Bezug auf den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht in Betracht kommt.<sup>946</sup>

#### **IV. Einordnung der Ergebnisse in das System des Krankenhausgewährleistungsrechts**

In der Krankenhausversorgung dienen die dualen Daseinsvorsorgestrukturen mit der Beteiligung öffentlicher, privater und freigemeinnütziger Träger dem Zweck, einerseits marktwirtschaftliche Effizienzreserven durch die Einbindung Privater Akteure zu erschließen, andererseits die unabdingbare Reservefunktion des Staates zu erhalten.<sup>947</sup> Das Zusammenwirken von privaten und staatlichen Kräften beinhaltet Synergieeffekte, indem nichtstaatliche Potentiale für öffentliche Zwecke nutzbar gemacht werden.<sup>948</sup>

Das dezidierte System der Krankenhausplanung und -finanzierung soll dabei unter der Direktive einer Mindestausstattung an Krankenhausstandorten innerhalb einer bestimmten räumlichen Entfernung<sup>949</sup> sicherstellen, dass sich die richtigen Krankenhäuser am richtigen Ort befinden. Gerade in ländlichen Gebieten gerät diese Direktive in Gefahr, da eine schwindende Bevölkerungszahl zu einer geringeren Auslastung des Krankenhausstandortes führt und ab einer Unterschreitung gewisser Wirtschaftlichkeitsschwellen ein erhöhtes Insolvenzrisiko impliziert. Während bei Krankenhäusern in Ballungsräumen die Betriebseinstellung jedenfalls keine erreichbarkeitsrelevante Auswirkung auf die Versorgung hat, bedeutet die Schließung eines ländlichen Krankenhauses in aller Regel eine Versorgungslücke und damit eine Gefährdung der im Lichte von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG besonders bedeutsamen Notfallversorgung.<sup>950</sup>

##### **1. Absolute Versorgungssicherheit in der Krankenhausversorgung nicht erreichbar**

Eine wichtige Erkenntnis ist, dass im Falle der Insolvenz eines Krankenhausträgers grundsätzlich auf die Marktentscheidungen und das Regelungsinstrumentarium der Insolvenzordnung vertraut werden kann. Der Grundkonzeption nach kommt es entweder zu einer Sanierung des Krankenhausträgers, wenn dies als sinnvoll erscheint oder zu einer jedenfalls partiellen Stilllegung, wenn

---

<sup>946</sup> Zu bedenken ist ferner, dass auch bei Inanspruchnahme der Gläubiger die Finanzierung des Krankenhausbetriebes nicht gewährleistet ist, da nur die Betriebseinstellung verhindert wird, nicht aber die Liquidität wiederhergestellt wird. Im Übrigen wäre auch eine spezialgesetzliche Ermächtigung aufgrund der skizzierten Überbürdung sozialstaatlicher Pflichten ein einzelne Gläubiger Bedenken ausgesetzt, vgl. hierzu m.w.N. BGH, Beschluss v. 04. 5. 2005 - I ZB 10/05 = NJW 2005, 1859, 1860; jedenfalls für eine spezialgesetzliche Ermächtigung in Bezug auf die Energieversorgung plädierend *Beckermann*, Der Grundversorger in der Insolvenz, S. 69, dies jedoch nur in Bezug auf die Betriebseinstellung aufgrund einer Entscheidung des Energieversorgungsunternehmens, nicht hingegen der Gläubiger in einem Insolvenzverfahren.

<sup>947</sup> So ausdrücklich *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266, 326.

<sup>948</sup> M.w.N. auch *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen, S. 22.

<sup>949</sup> Zu diesem Erfordernis s. auch *Höfling*, GesR 2007, 289, 292.

<sup>950</sup> Vgl. *Fleßa/Gieseler*, in: Herbst/Düinkel/Stahl, Daseinsvorsorge und Gemeinwesen im ländlichen Raum, S. 49.

dies unter ökonomischen Gesichtspunkten die vorzugswürdige Maßnahme ist. Der Markt, vermittelt durch die Gläubiger, trifft eine Entscheidung unter Effizienzgesichtspunkten und führt somit eine Allokation der Güter herbei.

Problematisch wird dies, soweit das Insolvenzrecht nicht die Allokationsentscheidung herbeiführt, die im Lichte des Sicherstellungsauftrages, §§ 1, 6 KHG erforderlich ist. Neben dem Kriterium der Effizienz ist also der Umstand der Versorgungssicherheit, welche sich wiederum primär in der Erreichbarkeit der Standorte ausdrückt, zu beachten. Letzteres aber kann die Insolvenzordnung aufgrund ihrer Marktkonzeption nicht abbilden. Die Priorität finanzieller Gesichtspunkte ist für Privatunternehmen überlebenswichtig. Es kann nicht längerfristig Leistungen anbieten, die nicht gewinnbringend sind; dies gilt sowohl für den Standort des Leistungsangebotes als auch für den Umfang der Leistungen. Hier gerät die Sicherstellung der Versorgung in einen natürlichen Konflikt mit den Grundgedanken privatwirtschaftlicher Betätigung.<sup>951</sup>

Es wäre nun hingegen ein Trugschluss, die skizzierte Kollision von Insolvenz- und Krankenhausrecht als Anlass zu nehmen, die Privatisierung im Krankenhausesektor umzukehren. Dies liegt vornehmlich daran, dass die absolute Versorgungssicherheit auch bei einer etatistischen Krankenhausstruktur nicht gewährleistet wäre.<sup>952</sup> Zuvorderst ist hier die häufig gegebene unzureichende Liquidität der Kommunen zu berücksichtigen. Zudem sind theoretisch Situationen denkbar, in denen sich keine Ärzte für einen ländlichen Krankenhausstandort finden lassen. Ebenso deutlich wird dieser Umstand anhand der Qualitätsvorgaben in der Krankenhausversorgung, welche dazu führen können, dass ein versorgungsrelevanter – staatlicher – Standort schließen muss.<sup>953</sup>

## **2. Vergleichbarkeit mit anderen Universaldienstleistungen am Beispiel der Grundversorgung mit Energie, §§ 36, 38 EnWG?**

Der konturierte Befund lässt einen Vergleich zur Energieversorgung naheliegend erscheinen, welche für alle privaten und wirtschaftlichen Lebensbereiche in einer modernen Industriegesellschaft von zentraler Bedeutung ist und Versorgungsausfälle weitreichende, auch sicherheitsrelevante Folgen hätten.<sup>954</sup>

Gem. § 36 Abs. 1 EnWG haben Energieversorgungsunternehmen für Netzgebiete, in denen sie die Grundversorgung<sup>955</sup> von Haushaltskunden durchführen, allgemeine Bedingungen und allgemeine Preise für die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck öffentlich bekannt zu geben und im Internet zu veröffentlichen und zu diesen Bedingungen und Preisen jeden Haushaltskunden zu versorgen. Diese Grundversorgungspflicht soll ein gewisses

---

<sup>951</sup> Vgl. *Knorr*, KH 2003, 986, 990.

<sup>952</sup> Ähnlich zu verstehen in Bezug auf das Konzept des Gewährleistungsstaates *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 282; vgl. ferner *Kämmerer*, Privatisierung, S. 492.

<sup>953</sup> Zu dieser Problematik vgl. *D. Prütting*, GesR 2016, 271, 273.

<sup>954</sup> Vgl. *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 59 ff.

<sup>955</sup> Grundversorger ist jeweils das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert, § 36 Abs. 2 S. 1 EnWG; dies ist strukturell mit einem Krankenhaus vergleichbar, welches in einer dünn besiedelten Region die Notfallversorgung sicherstellt. Auch die Bedeutung der Versorgungssicherheit sowohl in Bezug auf Krankenhausleistungen als auch auf Energie ähnelt sich.

Mindestangebot an Versorgungsleistungen sichern und legt dafür bestimmten Energieversorgungsunternehmen dezidierte Pflichtenprogramme auf, die letztlich eine flächendeckende Versorgung sicherstellen sollen.<sup>956</sup>

Weiterhin normiert § 38 EnWG eine sog. Ersatzversorgungspflicht. Vereinfacht gesagt, geht es darum, die kontinuierliche Energieversorgung sicherzustellen.<sup>957</sup> Auch dann, wenn ein Liefervertrag mit einem Energieversorger endet und ein neuer Energieversorger die Versorgung (noch) nicht aufgenommen hat, wird die Energieversorgung zu keinem Zeitpunkt unterbrochen. Scheitert ein Lieferantenwechsel oder muss ein Versorgungsunternehmen Insolvenz anmelden, springt kraft Gesetzes der örtliche Grundversorger für maximal drei Monate ein.<sup>958</sup> Kommt es zu einer Betriebseinstellung des Grundversorgers, ist unverzüglich ein neuer Grundversorger festzustellen, § 36 Abs. 2 S. 5 EnWG.<sup>959</sup> Hier ergibt sich allerdings ein zentraler Unterschied in Bezug auf die Leistungserbringung und -infrastruktur zu der Versorgung mit Krankenhausleistungen. Während der Ausfall eines Versorgers dadurch kompensiert werden kann, dass ein anderer Versorger verpflichtet wird, die netzangeschlossenen Haushalte zu versorgen, ist dies mit Krankenhausleistungen nur bedingt möglich. Strukturell entscheidend in der Energieversorgung ist der Netzanchluss und weniger das einzelne Versorgungsunternehmen.<sup>960</sup> Fällt hingegen ein erreichbarkeitsrelevantes Krankenhaus aus, kann diese Lücke nicht dadurch geschlossen werden, dass ein anderer Träger verpflichtet wird, das betroffene Gebiet mitzuversorgen, da ihm hierfür die infrastrukturellen Ressourcen fehlen. Eine mit den §§ 36, 38 EnWG vergleichbare Regelung im Krankenhausrecht müsste dementsprechend so konzipiert sein, dass ein anderer Rechtsträger verpflichtet wäre, den betroffenen Krankenhausstandort zu übernehmen und zu betreiben. Eine solche Lösung widerspräche hingegen bei Inpflichtnahme privater Träger der staatlichen Letztverantwortung und wäre zudem im Hinblick auf die enteignende Wirkung Bedenken in Bezug auf Art. 14 GG ausgesetzt.

---

<sup>956</sup> Ausführlich *Beckermann*, Der Grundversorger in der Insolvenz, S. 35 ff.

<sup>957</sup> Vergleichbar auch die §§ 78, 80 TKG wonach soweit eine Universaldienstleistung nach § 78 durch den Markt nicht ausreichend und angemessen erbracht wird oder zu besorgen ist, dass eine solche Versorgung nicht gewährleistet sein wird, jeder Anbieter, der auf dem jeweiligen sachlich relevanten Markt tätig ist und einen Anteil von mindestens 4 Prozent des Gesamtumsatzes dieses Marktes auf sich vereint oder auf dem räumlich relevanten Markt über eine beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichtet ist, dazu beizutragen, dass der Universaldienst erbracht werden kann. Mit diesem Modell geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Universaldienst auf dem Markt ohne staatliche Eingriffe angeboten wird und nur für den Fall, dass wider Erwarten die Bevölkerung unzureichend versorgt wird, kann einzelnen Marktteilnehmern die Universaldienstleistung auferlegt werden, vgl. *Geppert/Schütz/Cornils*, BeckTKG-Komm., § 80 Rn. 2; insoweit steht also nicht der Staat für die unzureichende Versorgung ein, sondern der Markt wird zur Beseitigung von Disparitäten herangezogen, vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 513, welcher ferner darauf hinweist, dass der Staat über keine rechtliche Handhabe in gewissen Fällen verfüge, in denen Leistungen nicht erbracht werden, die nicht von §§ 78, 80 TKG erfasst sind, sog. nicht lizenzpflichtige Universaldienstleistungen.

<sup>958</sup> *Kment/Rasbach*, EnWG, § 38 Rn. 10.

<sup>959</sup> Ausführlich ebd., § 36 Rn. 3 f.

<sup>960</sup> Anschaulich zu den Strukturmerkmalen leitungsgebundener Energieversorgung, *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 14 ff.

### 3. Krankenhausinsolvenzen als Anlass zur Überprüfung der krankenhaushausgewährleistungsrechtlichen Parameter

Die Insolvenz eines Krankenhausträgers ist nicht ausgeschlossen, weil diese bei einem Wirtschaftsunternehmen eben auch im Wesen begriffen ist. Aus seiner Sozialstaatsbindung muss der Staat aber den Egoismen<sup>961</sup> der Marktteilnehmer dort entgegenreten, wo zu determinierende Grenzen i.S.e. Leistungsminimums unterschritten werden<sup>962</sup>, vorliegend dort, wo es zu einer Versorgungsgefährdung kommt. Im übergeordneten Kontext können bei privat zu erbringenden gemeinwohlorientierten Leistungen zwei Arten unterschieden werden.<sup>963</sup> Die erste Gruppe sind solche Leistungen, die rentabel erbracht werden können und welche staatliche Anregung im Regelfall nicht erfordern. Die zweite Gruppe sind die Leistungen, die gesamtgesellschaftlich gewünscht sind, aber nur zu unrentablen Konditionen zu erbringen sind.

Übertragen auf den Krankenhaussektor bedeutet dies zunächst, dass Krankenhausleistungen der Grundkonzeption des Finanzierungssystems nach rentabel zu erbringen sein müssen. In einem zweiten Schritt verdichtet sich aber die Verantwortung dort, wo Leistungen aufgrund von Marktstrukturen nur verlustbringend erbracht werden können. Hier sei zentral die Krankenhausversorgung in ländlichen Räumen genannt. Aufgrund der drohenden Versorgungslücken ist die Thematik einer Krankenhausinsolvenz in den übergeordneten Kontext der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung insbesondere in diesen Räumen einzuordnen, da der Markt – und als Ausprägung die Gläubigerentscheidungen im Insolvenzverfahren – nicht automatisch dazu führen, dass Krankenhäuser in ausreichender Entfernung liegen und die Versorgungsaufgaben wahrnehmen.<sup>964</sup>

Keinesfalls soll hiermit die Beteiligung Privater und damit die Möglichkeit von Insolvenzverfahren im Krankenhaussektor in Frage gestellt werden, da eben diese Faktoren in einer freiheitlichen Ordnung eine Alltäglichkeit und auch angesichts des sonst an der Grenze zur Überforderung agierenden Staates eine Notwendigkeit darstellen. Insofern richtet sich der Blick aber auf die konkrete Ausgestaltung der Aufgabenwahrnehmung und die Frage, in welchem Ausmaß staatliche Hoheitsträger rechtlich für die Erfüllung bestimmter Aufgaben einzustehen haben.<sup>965</sup> Ausgehend von der Finanz- und Ressourcenknappheit, der sich die öffentliche Hand ausgesetzt sieht, besteht die unbestrittene Notwendigkeit, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben effizienter zu gestalten. Im Rahmen des skizzierten Gewährleistungsmodells fungiert hierbei das

---

<sup>961</sup> Der Begriff Egoismus ist hier nicht negativ konnotiert, sondern lediglich als rationale Marktentscheidung zu verstehen.

<sup>962</sup> So *Kämmerer*, Privatisierung, S. 430.

<sup>963</sup> *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 85.

<sup>964</sup> *D. Prütting* formuliert prägnant, dass „eine Strukturbereinigung durch Insolvenzen [...] nicht zu sachgerechten Ergebnissen führe, da Krankenhausunternehmen in wirtschaftlicher Schieflage auch an Stellen zu finden sein werden, wo der Bedarf an stationärer Versorgung zwingend gedeckt werden muss“, *dies.*, GesR 2016, 271, 275; hieraus spricht zu einem gewissen Grad die Erkenntnis der staatlichen Überforderung, wenn dieser einerseits seiner Letztverantwortung nachzukommen hat, andererseits sich diese „Auffangverantwortlichkeit“ erst im Krisenfall vollends realisiert und hohe Kosten mit sich bringt sowie Entscheidungen unter Zeitdruck verlangt.

<sup>965</sup> zu dieser Einordnung vgl. *Vofßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 267, 268.

Krankenhausrecht als Regulierungsrecht und stellt die Parameter bereit, die die Aufgabenerfüllung bestmöglich sichern sollen. Dies unterstreicht die zentrale Rolle der Krankenhausplanung und -finanzierung, führt aber gleichzeitig auch die Reformnotwendigkeit bei erkannten Schwächen vor Augen. Die Anforderung an Planung und Finanzierung von Krankenhäusern kann aber nur im Zusammenhang mit der künftigen Entwicklung der Institution Krankenhaus und seiner rechtlichen und organisatorischen Einbindung in das gesamte soziale Sicherungssystem gesehen werden.

Der Umgang mit der Über- und Unterversorgung von Krankenhäusern kann nicht erst Handlungspflichten des Staates im Falle der wirtschaftlichen Krise eines Krankenhausträgers entfalten, sondern ist bereits konsistent auf der Ebene der Krankenhausfinanzierung und Bedarfsplanung zu adressieren. Diese muss wesentlich daraufhin überprüft werden, wie in Zukunft die Krankenhausversorgung insbesondere in dünn besiedelten Gebieten sichergestellt werden soll. Festzustellen ist eine weiter ansteigende heterogene Bevölkerungsentwicklung mit einem Bevölkerungsrückgang in vielen ländlichen Gebieten bei gleichzeitiger Bevölkerungszunahme in den Ballungs- und Metropolregionen, was als Konsequenz zu einer Zweiteilung des Krankenhausmarktes mit sinkenden Fallzahlen in der Fläche und steigenden Patientenaufkommen in den Ballungsregionen führt.<sup>966</sup> Insbesondere die rückläufigen Fallzahlen stellen die Krankenhausplanungsbehörden sowie die Leistungserbringer vor Herausforderungen, bei wettbewerbsfähiger Qualität den künftigen Versorgungsbedarf zu bedienen.

Zentrale Elemente sind hier ein effektives Monitoring der Versorgungsstrukturen bezüglich der Kapazitäten, des Zugangs und der Qualität, sowie die Sicherung der Versorgung mit Krankenhausleistungen im Falle einer festgestellten Unterversorgung. Kurzfristig ist hier das Konzept der Sicherstellungszuschläge ein gangbarer Weg, mittel- bis langfristig sollte jedoch planerisch überdacht werden, was unter einer flächendeckenden Versorgung zu verstehen ist. Richtigerweise ist die Ausgestaltung der Krankenhausversorgung innerhalb rechtlicher Grenzen und gewisser Mindeststandards zuvorderst eine politische Entscheidung.<sup>967</sup> Staatliche und private Beiträge sind so zu koordinieren, dass die stationäre Krankenversorgung qualitativ möglichst hochwertig und dabei

---

<sup>966</sup> S. Paech, in: Blum/Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 82.

<sup>967</sup> Hierzu Kingreen, VVDStRL 70 (2011), 152, 175: „im demokratischen Sozialstaat sind daher soziale stets auch politische Entscheidungen“; Hier lohnt ein Blick in die skandinavischen Ländern, in welchen zwischen den einzelnen Krankenhausstandorten größere Entfernungen vorhanden sind, die Notfallversorgung aber trotzdem sichergestellt ist; sinnvoll erscheint es auch, das ländliche Krankenhaus diagnostisch hochwertig auszurüsten und über telemedizinische Verfahren mit Krankenhäusern höherer Versorgungsstufen zu vernetzen sowie Kapazitäten verstärkt auf die Kurzzeitbehandlungen zu konzentrieren und die schwierigen Eingriffe an Kooperationspartner abzugeben, vgl. Beivers/Spangenberg, IZR 2008, 91, 98; ferner könnte langfristig auch über eine Stärkung etwa der Flugrettung nachzudenken sein, um die Transportzeiten bei akuten und schwerwiegenden Krankheitsbildern zu verkürzen. Betrachtet man die Patientenversorgung zudem als ganzheitliche Aufgabe des stationären und ambulanten Sektors, fehlt jegliche Begründung für das Nebeneinander von Versorgungsstrukturen mit eigenen Bedarfsplanungen, eigenen Gebührenordnungen und Budgets sowie abweichenden ordnungspolitischen Regelungsmechanismen, so dass sich auch auf diesem Feld Effizienzvorteile und eine Stärkung der Versorgungssicherheit erzielen ließen, vgl. Philippi/Küttner, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 155 f.

gleichzeitig mit Blick auf die finanziellen Ressourcen möglichst effizient erfüllt wird.<sup>968</sup>

Das Insolvenzrecht ist eine Antwort auf wirtschaftliche Fehlentwicklungen und bietet hierauf zugeschnittene Mechanismen an. Eine solche Ordnung kann jedoch nur eingeschränkt auf Krisen reagieren, die durch Fehler und Unzulänglichkeiten im staatlichen Planungswesen begründet sind. Die Krankenhausinsolvenz ist insofern nicht als singulär zu betrachtendes Phänomen aufzufassen, sondern in den Gesamtkontext der Krankenhausplanung und -finanzierung einzuordnen. Die Krankenhausplanung ist dabei darauf auszurichten, eine Überversorgung abzubauen und eine Unterversorgung zu verhindern, die Krankenhausfinanzierung darauf, dass Krankenhausleistungen adäquat vergütet werden und dort, wo eine wirtschaftliche Krankenhausversorgung nicht möglich ist, nachzusteuern, soweit der Standort sich als bedarfsnotwendig erweist. Ebenso bedeutet dies eine fortlaufende Evaluierung, welche Anforderungen an eine bedarfsgerechte Versorgung zu stellen sind und eben auch, gegen kommunale Widerstände unrentable Krankenhäuser zu schließen.

Hier zeigt sich insgesamt, dass sich die Letztverantwortung im Krankenhausrecht nicht erst im Falle der Krise eines Krankenhausträgers als bloße *Rückholverpflichtung* aktiviert, sondern primär eine rahmenrechtliche Gewährleistungsverantwortung darstellt, welche darauf ausgerichtet sein muss, einerseits die Effizienzpotentiale privatwirtschaftlicher Leistungserbringung zu nutzen und andererseits eben diese auf die Erreichung gesamtgesellschaftlich erwünschter und vorab zu determinierender Ziele auszurichten.<sup>969</sup> Die demografische Entwicklung mit den einhergehenden regionalen Disparitäten führt damit auch im Krankenhausesektor dazu, auf der Grundlage eines Mindeststandards des sozialen Zusammenhalts eine räumlich differenzierte Ausgestaltung der Daseinsvorsorge zu entwickeln und diesen Vorgang normativ und regulativ zu begleiten.<sup>970</sup>

#### **4. Notwendigkeit eines Sonderinsolvenzrechts für Krankenhäuser?**

Abschließend ließe sich vor der skizzierten Problemlage noch fragen, ob im Rahmen eines effektiven Krankenhausgewährleistungsrechts nicht die Notwendigkeit besteht, geltende insolvenzrechtliche Regelungen so zu modifizieren, dass diese die erkannten Schwierigkeiten einer Krankenhausinsolvenz besser bewältigen können. Als Vorbild könnte insoweit das sog. Sonderinsolvenzverfahren für kriselnde Banken dienen. Die Beantwortung der Frage soll

---

<sup>968</sup> So auch *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 609, welcher mit Blick auf die Gesetzesbegründung darauf hinweist, dass krankenhauplanerische Entscheidungen nicht dazu führen dürfen, dass mit eingesetzten staatlichen Mitteln nicht mehr der gewünschte Effekt, nämlich die Verbesserung der Versorgung mit Krankenhausleistungen erreicht wird.

<sup>969</sup> Ähnlich *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 629, nach welchem eine den Gewährleistungsstaat in allgemeiner weise kennzeichnende Verpflichtung der Rückholung nicht bestehe und vielmehr ein Gewährleistungsrecht zu entwickeln sei, das ein Scheitern der Leistungserbringung vermeide, dieses aber weder dem einen noch dem anderen Träger unterstelle; vgl. auch *Fleßa/Gieseler*, in: Herbst/Dünel/Stahl, Daseinsvorsorge und Gemeinwesen im ländlichen Raum, S. 57, wonach eine Effizienz unter der Nebenbedingung der Versorgungssicherheit gefragt sei.

<sup>970</sup> Instrukтив *Kersten*, DVBl. 2006, 942.

bereits aufgrund der ausführlichen Skizzierung des Krankenhausgewährleistungsrechts, welches nicht als bloße Rückholverpflichtung verstanden werden will, nur umrissen werden.

Auch und gerade Bankeninsolvenzen sind kein Normalfall einer Unternehmensinsolvenz, das hat nicht zuletzt die Finanzkrise von 2008 eindrücklich gezeigt. Banken stellen als Kreditversorger der Wirtschaft und als Gewährleister des Zahlungsverkehrs einen wichtigen Bestandteil des modernen Wirtschaftsverkehrs dar. Im Rahmen der Deregulierungswelle der 1970er Jahre stieg die Insolvenzwahrscheinlichkeit von Banken und damit auch das gesamtwirtschaftliche Gefahrenpotential solcher Krisen.<sup>971</sup>

Das (Banken-)Insolvenzrecht wird ergänzt und teilweise substituiert durch Elemente der staatlichen Wirtschaftsverwaltung.<sup>972</sup> Auch bei Bankeninsolvenzen geht es um die Kollision von Gemeinwohlinteressen mit den individuellen Interessen der Gläubiger eines Unternehmens. Das Ziel dabei ist die Krisenreduzierung oder sogar die Insolvenzverhinderung.

In den §§ 45 ff. KWG sind aufsichtsbehördliche Sanierungsmöglichkeiten und besondere insolvenzrechtliche Antragsbefugnisse der Aufsichtsbehörden kodifiziert.<sup>973</sup> Getragen werden diese Rechte von der Grundauffassung, dass Banken, ebenso wie Versicherungen, nicht dem gewöhnlichen Insolvenzverfahren konfrontiert sein sollen, da ein solches ihre Gemeinwohlfunktion beeinträchtigen könnte.<sup>974</sup> Die Stabilität dieser Institute wird als gegenüber der Gläubigergleichheit vorrangig angesehen.

Im Hinblick auf die Insolvenz eines bedarfsgerechten Krankenhauses soll an dieser Stelle weder eine Erörterung erfolgen, ob dieses eine vergleichbare oder sogar größere (System-)Relevanz für das gesellschaftliche Zusammenleben besitzen, noch welche Regelungsansätze im Detail übertragbar erscheinen. Beachtenswert ist aber dennoch ein entscheidender Unterschied und zwar derjenige des sog. Systemrisikos. Banken stehen in vielfältigen Beziehungen zueinander, was zusammen mit anderen Faktoren dazu führen kann, dass die Krise eines Unternehmens ein anderes ansteckt mit der Folge, dass auch die Insolvenz weiterer Banken droht. Ein solches Systemrisiko ist im Krankenhaussektor so nicht auszumachen, vielmehr besteht hier das Risiko in den Auswirkungen auf die betroffene Region, die wohlmöglich über kein erreichbarkeitsrelevantes Krankenhaus mehr verfügt. Weniger aber steht der Umstand in Rede, dass sich die wirtschaftliche Schieflage auch auf andere Einrichtungen ausweitete. Bereits aus diesem Grund begegnet eine Übertragbarkeit der bankenrechtlichen Besonderheiten Bedenken. Zudem ist nicht unumstritten, ob das Nebeneinander von aufsichtsbehördlicher und insolvenzgerichtlicher Kompetenz wirklich vorteilhaft ist.<sup>975</sup>

Zweitens ist zu beachten, dass das sog. Sonderinsolvenzrecht für Banken im Kern nicht wirklich das eigentliche Insolvenzverfahren modifiziert, sondern vielmehr die Bewältigung der Bankenkrise mit den Mitteln des Aufsichtsrechts vorrangig im Zeichen der Insolvenzverhinderung und Sicherung des

---

<sup>971</sup> Hierzu *Binder*, Bankeninsolvenzen, S. 40.

<sup>972</sup> Ebd. S.95.

<sup>973</sup> Im Überblick *MüKoInsO/Stürner*, Einl. Rn. 24b.

<sup>974</sup> So ebd.

<sup>975</sup> *MüKoInsO/Stürner*, Einl. Rn. 24b.



Finanzsystems steht.<sup>976</sup> Im Mittelpunkt stehen insoweit Maßnahmen des Eigenkapitalrechts in seiner Funktion der Begrenzung der Risiken auf Aktivseite. Dass für die Restrukturierung von Banken Sonderregeln gelten, die die Stabilität des Finanzmarktes garantieren sollen, soll letztlich im Interesse eines umfassenden Anlegerschutzes gerechtfertigt sein.<sup>977</sup> Zudem soll der Grund für die Nichtanwendung des Insolvenzrechts in der mit den Zäsurwirkungen der Verfahrenseröffnung für zentrale Geschäftsfelder verbundenen Ansteckungsrisiken für die betreffenden Gegenparteien liegen.<sup>978</sup>

Festzuhalten bleibt insoweit, dass der Krankenhaussektor nur bedingt mit dem Bankensektor zu vergleichen ist. Gleichwohl geht es in Anlehnung an die Debatten im Bankenbereich auch hier um die Frage, wie der Staat mit system- bzw. erreichbarkeitsrelevanten Krankenhäusern umgehen soll, die in wirtschaftliche Bedrängnis geraten. Anzudenken könnte eine Übertragung der Grundwertungen des Kreditinstitutereorganisationsgesetzes sein. Das Kreditinstitutereorganisationsgesetz sieht auf Antrag der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ein Sanierungsverfahren im Vorfeld der Insolvenz vor, §§ 2–6 KredReorG. Die Bank kann aufgrund eines Sanierungsplans mit Hilfe eines Sanierungsberaters unter der Aufsicht und Leitung des Oberlandesgerichts saniert werden, wobei das Gericht teilweise ähnliche Maßnahmen anordnen darf wie die Finanzdienstleistungsaufsicht nach §§ 45 ff. KWG. Ferner kann die Bank auf Antrag der Bundesanstalt eine weitreichende Neuordnung ihrer eigenen gesellschaftsrechtlichen Organisation und ihres Verhältnisses zu ihren Gläubigern erreichen.<sup>979</sup>

Auch ein solcher Regelungsmechanismus geht indes davon aus, dass die Unternehmung jedenfalls dem Grunde nach rentabel geführt werden kann, woran es gerade bei erreichbarkeitsrelevanten Häusern in strukturschwachen Gegenden fehlen kann. Insofern ist auch eine solche Modifizierung im Hinblick auf die hier diskutierte Lastverteilung nur eingeschränkt weiterführend. Für Krankenhäuser, die zudem als nicht erreichbarkeitsrelevant einzustufen sind, sieht die Insolvenzordnung schon jetzt ausreichende Restrukturierungsinstrumente vor. Keinesfalls sollte es das Ziel sein, in letzterem Fall das austarierte System der Krankenhausplanung und -finanzierung durch die Vorhaltung bzw. Rettung unrentabler und nicht systemrelevanter Einheiten zu unterlaufen.

---

<sup>976</sup> Vgl. Ruzik, BKR 2009, 133, 136; ferner Ohler, WiVerw 2010, 47.

<sup>977</sup> Hierzu m.w.N. Uhlenbruck/Mönning, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 1 Rn. 59.

<sup>978</sup> Binder, KTS 2013, 277, 308 f.

<sup>979</sup> Vgl. zur gesamten Thematik MüKoInsO/Stürmer, Einl. Rn. 24c.

## **Die Krise und Insolvenz des Krankenhausträgers unter besonderer Berücksichtigung der Krankenhausplanung und -finanzierung**

Im Folgenden soll nun vor dem Hintergrund des Spannungsfelds zwischen der öffentlichen Aufgabe der Sicherstellung einer bedarfsgerechten stationären Krankenversorgung, konkretisiert durch die Krankenhausplanung und -finanzierung, einerseits und dem Insolvenzrecht andererseits, spezifische insolvenzrechtliche Fragestellungen einer tragfähigen Lösung zugeführt werden.<sup>980</sup>

Das Insolvenzrecht ist Wirtschaftsprivatrecht. Es muss „mit dem Verwaltungsrecht systematisch abgestimmt werden, um insbesondere die verwaltungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die amtliche Haftungsabwicklung festzulegen“. <sup>981</sup> In diesem allgemeinen Ausspruch kommt zum Vorschein, dass das Insolvenzrecht nicht alleine betrachtet werden kann, sondern dass dessen Grundsätze immer im Lichte anderer Rechtsgefüge betrachtet und gegebenenfalls modifiziert werden müssen.

Die Insolvenz eines Krankenhausträgers unterscheidet sich dabei, nicht nur, aber durchaus maßgeblich durch die Eigenheiten des deutschen Gesundheitswesens im Allgemeinen und der Spezifika des Krankenhausrechts im Besonderen von den Insolvenzverfahren anderer Wirtschaftsunternehmen.

### **A. Rahmendaten der Krankenhausesinsolvenz**

Mit der Gründung eines Krankenhauses soll nicht nur die Versorgung der Bevölkerung im Krankheitsfall sichergestellt, sondern – zuvorderst im Falle eines Krankenhauses in privater Trägerschaft – auch eine erfolversprechende Geschäftsidee erwerbswirtschaftlich umgesetzt werden. Nur so lässt sich langfristig der Fortbestand eines Unternehmens sichern. Rahmenbedingungen hingegen können sich verändern und im Lebenszyklus eines Unternehmens existenzgefährdende Entwicklungen herbeiführen, die den Bestand bedrohen und schlimmstenfalls zu einer Insolvenz führen. Dies gilt auch – mag das Faktum auch im ersten Moment kontraintuitiv erscheinen – für Krankenhäuser.

Ausgangspunkt ist dabei stets eine Unternehmenskrise<sup>982</sup>, die wiederum auf verschiedene Krisenursachen zurückzuführen sein kann. Dass die wirtschaftliche Schieflage eines Krankenhausträgers nicht nur auf Fehlentscheidungen im Management zurückzuführen ist, sondern bereits das System der Krankenhausplanung und -finanzierung eine gewisse Insolvenzzuneigung in sich trägt, klang bereits an anderer Stelle an, soll aber hier nochmals in Bezug auf den einzelnen Krankenhausträger umrissen werden. Die Thematik der

---

<sup>980</sup> Nicht erfolgen soll eine Darstellung sämtlicher Auswirkungen und Rechtsfolgen eines eröffneten Insolvenzverfahrens. Insofern gilt, dass der Insolvenzverwalter an die Stelle des Rechtsträgers tritt und bei Fortführung des Krankenhauses die Rechte und Pflichten zu beachten hat, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Krankenhausträger trafen. Er muss im Grundsatz alle privatrechtlichen Pflichten übernehmen und wettbewerbs- sowie kartellrechtliche Normen beachten. Ihn treffen im Zusammenhang mit den im Krankenhaus tätigen Angestellten die Sozialversicherungspflichten sowie Melde- und Nachweispflichten, hierzu näher MedR-Komm/H. Prütting, § 80 InsO.

<sup>981</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht Rn. 1.09.

<sup>982</sup> Hierzu instruktiv Zabel, in: Kübler, HRI, § 4 Rn. 1 ff.

Krankenhausinsolvenz lässt sich zudem in den größeren Kontext der Marktaustritte stellen.

## I. Krise

Mit dem Terminus Krise wird eine i.d.R. unerwartet eintretende Störung eines Systems bezeichnet, die den Fortbestand bei ausbleibenden Korrekturmaßnahmen oder deren Misslingen bedroht.<sup>983</sup> Die Unternehmenskrise wiederum kann als ein Zustand definiert werden, in dem es nicht mehr gelingt, durch geeignete Entscheidungen im Bereich der Investitionen und der Finanzierung den Gesamtwert des Unternehmens zu steigern oder wenigstens zu halten.<sup>984</sup>

Mit dem Begriff Krise lässt sich im Zusammenhang mit der Vergabe von Darlehen die Kreditunwürdigkeit eines Unternehmens als Vorstadium der Insolvenz bezeichnen<sup>985</sup>, wobei eine Kreditunwürdigkeit insbesondere dann vorliegt, wenn ein konkreter Finanzierungsbedarf eines Unternehmens nicht von einem Dritten durch Fremdkapital zu marktüblichen Bedingungen gedeckt werden kann und das Unternehmen ohne Kapitalzufuhr liquidiert werden müsste.<sup>986</sup>

Allgemeiner Ausgangspunkt einer Unternehmenskrise ist entweder eine Stakeholder-<sup>987</sup> oder eine Strategiekrise<sup>988</sup>, aus der eine Erfolgskrise<sup>989</sup> und aus dieser wiederum eine Liquiditätskrise<sup>990</sup> entsteht.<sup>991</sup> An deren Ende steht die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Jede Krise ist auf bestimmte Ursachen zurückzuführen, wobei eine Unternehmenskrise nur dann überwunden werden kann, wenn die Ursachen der Krise bekannt sind. Dabei hat gerade auch das Marktumfeld innerhalb der Branche Einfluss auf die zukünftigen Chancen und Risiken eines Unternehmens.

In Bezug auf das Unternehmen Krankenhaus kann eine Strategiekrise durch ein unausgewogenes Leistungsportfolio, durch das Verpassen von medizinischen Trends und Innovationen oder durch fehlende Investitionen hervorgerufen werden.<sup>992</sup> Eine Erfolgskrise äußert sich in dem Verlust von Marktanteilen, woraus ein unausgewogenes Verhältnis zwischen Leistungsvolumen und

---

<sup>983</sup> S. Gottwald/*Drukarczyk/Schöntag*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 2 Rn. 1.

<sup>984</sup> Ebd., § 2 Rn. 2.

<sup>985</sup> Vgl. statt vieler Uhlenbruck/*Pape*, InsO, § 1 Rn. 2.

<sup>986</sup> *Zabel*, in: Kübler, HRI, § 4 Rn. 6.

<sup>987</sup> Bspw. ausgelöst durch persönliche Differenzen unter den Geschäftsführern oder hohe Fluktuation bei leitenden Angestellten, vgl. *Niemann*, in: Bork/Hölzle, Hdb. InsO, Kap. 26 Rn. 15 ff.

<sup>988</sup> Verstanden als Entwicklung eines Unternehmens, in der die langfristigen Erfolgspotentiale und die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt sind und keine neuen Erfolgspotentiale entwickelt werden, vgl. WP-Handbuch 2008 Bd. II., Kap. F Rn. 27.

<sup>989</sup> Verstanden als Entwicklung eines Unternehmens, in der operative Verluste erwirtschaftet werden, die das Eigenkapital aufbrauchen, so dass die Gefahr der bilanziellen und insolvenzrechtlichen Überschuldung droht, vgl. WP-Handbuch 2008 Bd. II., Kap. F Rn. 28.

<sup>990</sup> Verstanden als Entwicklung eines Unternehmens, in der Zahlungen nicht mehr oder nicht mehr fristgerecht ausgeführt werden, so dass Zahlungsunfähigkeit droht, vgl. WP-Handbuch 2008 Bd. II., Kap. F Rn. 28.

<sup>991</sup> *Zabel*, in: Kübler, HRI, § 4 Rn. 10.

<sup>992</sup> S. *Schröder/Gumbrich*, in: Blum/Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 32.

Ressourceneinsatz entsteht. Kennzeichnend sind zudem negative Jahresergebnisse und eine zu geringe Eigenkapitalquote.<sup>993</sup> Hieraus kann sodann eine Liquiditätskrise entstehen, die durch falsches Finanzierungs- und Forderungsmanagement sowie unzureichende Liquiditätsplanung noch verstärkt wird.<sup>994</sup>

## II. Krisen- und Insolvenzvermeidungsmaßnahmen

Aufgabe einer Unternehmensleitung ist es, Chancen und Risiken abzuwägen und zu entscheiden, welche Chancen ergriffen werden. Innerhalb einer Unternehmenskrise müssen wirksame Gegenmaßnahmen eingeleitet werden, da ansonsten die Existenz des Unternehmens gefährdet ist.

Teil der Krisenvermeidung ist die prospektive Identifikation von Krisenursachen mit dem Ziel, ein potentiell bestandsgefährdendes Risiko früh zu erkennen, dessen Eintrittswahrscheinlichkeit zu bewerten und das Risiko so zu steuern, dass keine Krise eintritt oder diese jedenfalls abgewendet werden kann; die prospektive Identifikation ist Gegenstand eines Risikomanagementsystems.<sup>995</sup> Häufig wird zwischen internen und externen Krisen- oder Insolvenzursachen unterschieden.<sup>996</sup> Ursachen, die durch das Management beeinflussbar sind, werden als interne Krisenursachen bezeichnet (z.B. Überalterung des Produktportfolios, Missachtung neuer Vertriebswege, unzureichendes Marketing). Externe Ursachen hingegen liegen außerhalb des Einflussbereichs des Unternehmens (z.B. sinkende Kaufkraft, Marktsättigungen, Branchenüberkapazitäten). Bei der exogenen Krise kann die Unterscheidung dahin verfeinert werden, dass untersucht wird, ob die Krise durch Gesetzesänderung, Zinsentwicklung, Konjunkturschwankungen, Wechselkursschwankungen, Streiks etc. entstanden ist.<sup>997</sup>

Unternehmenskrisen können vermieden werden, wenn die potentielle Krise sowie ihre Ursachen frühzeitig erkannt werden und der Unternehmensleitung ein möglichst großer Handlungsspielraum verbleibt.<sup>998</sup>

Um eine (drohende) Überschuldung abzuwenden, versuchen Unternehmen zu meist, Kosten zu reduzieren, da sich Kosten, anders als Erlöse, schneller und stärker beeinflussen lassen.<sup>999</sup> Zur Sicherung der Liquidität wird versucht, Einnahmen vorzuziehen und Ausgaben zeitlich nach hinten zu verschieben, es werden Investitionen unterlassen und verschoben und Instandhaltungsmaßnahmen auf ein Minimum reduziert.<sup>1000</sup> Diese Maßnahmen können zwar die

---

<sup>993</sup> Ebd.

<sup>994</sup> Ebd.

<sup>995</sup> Instrukativ *Baetge/Schmidt/Hater*, in: Thierhoff/Müller/Ily/Liebscher, Unternehmenssanierung, § 2 Rn. 51.

<sup>996</sup> Ebd. Rn. 55.

<sup>997</sup> Hierzu *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, § 32 Rn. 4.

<sup>998</sup> *Baetge/Schmidt/Hater*, in: Thierhoff/Müller/Ily/Liebscher, Unternehmenssanierung, § 2 Rn. 80.

<sup>999</sup> Ebd., Rn. 233.

<sup>1000</sup> Ebd., Rn. 234.

kurzfristige Liquiditätslage verbessern, wirken sich aber oft mittel- bis langfristig nachteilig aus.<sup>1001</sup>

Mögliche Ansätze zur Sanierung außerhalb der Insolvenz haben den Vorteil, dass die mit einem Insolvenzverfahren zwangsläufig verbundene negative Publizität vermieden wird. Operative Sanierungsmaßnahmen zielen auf Personal-, Material- und Sachkosten und bezwecken eine gesteigerte Prozesseffizienz, wohingegen strukturelle Kostensenkungsmaßnahmen darauf ausgerichtet sind, die Strukturen des Unternehmens durch Produkt- und Sortimentsbereinigungen, Veränderungen in den regionalen Schwerpunkten und der Schließung von Standorten zu verändern.<sup>1002</sup>

Ein Unternehmen muss sich immer grundsätzlich die Frage stellen, wie es am Markt im Wettbewerb mit anderen Teilnehmern bestehen kann. Bezogen auf das einzelne Krankenhaus kann gesagt werden, dass ein effizientes Handeln die entscheidende Voraussetzung ist<sup>1003</sup>, um unter knappen Ressourcen und politisch intendiertem Kostendruck langfristig zu bestehen. Hierbei kann entweder die Preis- oder die Qualitätsführerschaft angestrebt werden, um sich im Vergleich zur Konkurrenz zu positionieren.<sup>1004</sup> Gelingt dies nicht, besteht das Risiko, dass sich das Krankenhaus nicht am Markt halten und auszuschneiden hat. Eine weitere Möglichkeit ist die Sanierung des Unternehmensträgers im Rahmen eines eröffneten Insolvenzverfahrens. Dabei bietet vor allem das Insolvenzplanverfahren in Kombination mit der Eigenverwaltung dem Krankenhausträger ein hohes Maß an Flexibilität, um den Betrieb umzustrukturieren, neu auszurichten und von belastenden Schulden zu befreien.<sup>1005</sup>

Hierbei müssen aber immer die krisenbedingenden Faktoren, die sich speziell aus der Struktur des Krankenhausmarktes ergeben, mitberücksichtigt werden. Diese sind im Folgenden kurz zu skizzieren.

### III. Krisenbedingende Faktoren – Wirtschaftsunternehmen Krankenhaus

Krankenhäuser sind Betriebe, die Gesundheitsdienstleistungen für persönlich anwesende Patienten erstellen. Der dominante Produktionsfaktor ist die operative menschliche Arbeit, so dass der Anteil der Personalkosten mit 60 bis 80 % an den Gesamtkosten überdurchschnittlich hoch ist.<sup>1006</sup> Krankenhausleistungen sind solche mit überwiegend existenzieller Dimension, für die es selten Substitutionsgüter gibt.<sup>1007</sup> Eine Besonderheit des Krankenhauses ist die Distribution der Leistung, welche stark standortgebunden ist, da Kranke und insbesondere Notfälle nur eine gewisse Distanz befördert werden können.<sup>1008</sup>

---

<sup>1001</sup> Ebd.

<sup>1002</sup> *Schneider/Schulz*, in: Thierhoff/Müller/Illly/Liebscher, Unternehmenssanierung, § 4 Rn. 124.

<sup>1003</sup> Hier lassen sich vier Effizienzbegriffe unterscheiden, die technische, die interne medizinische, die pflegerische und die sog. Verweil-Effizienz, Einzelheiten bei *Wasem/Walendzik/Thomas*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 20.

<sup>1004</sup> *Schmoor/Hokema*, Dtsch Ärztebl. 2011, 108.

<sup>1005</sup> Zu den Sanierungsmöglichkeiten bereits oben Erster Teil I. G. III. 3. c) ee)

<sup>1006</sup> *S. Fleßa*, Grundzüge der Krankenhausbetriebslehre I, S. 22.

<sup>1007</sup> Ebd. S. 23.

<sup>1008</sup> Ebd. S. 23.

Hierdurch ergeben sich klar umgrenzte Einzugsgebiete und unter Umständen regionale Monopole.

Krankenhausunternehmen stellen weiterhin schon deshalb eine Besonderheit dar, weil sie an der Schnittstelle von Medizin und Wirtschaft angesiedelt sind.<sup>1009</sup> Sie sind komplexe Unternehmen und selbst durchschnittlich große Häuser haben in der Regel mehrere Fachabteilungen mit unterschiedlichen wirtschaftlichen und medizinischen Anforderungen.<sup>1010</sup> So müssen Krankenhausbehandlungen effektiv, effizient, i.S. eines minimal möglichen Ressourceneinsatzes, aber eben auch unter Einhaltung eines angemessenen Qualitätsstandards zur Gewährung der Patientensicherheit durchgeführt werden.<sup>1011</sup> In der stationären Versorgung sind hochqualifizierte Experten und partiell konfliktäre Zielvorstellungen der Beteiligten so zu einem funktionierenden System zusammenzubringen, dass die Patienten in nicht selten existentiellen Bedarfslagen eine professionelle Dienstleistung erfahren.<sup>1012</sup>

Grundtenor einer Unternehmensinsolvenz ist, dass nicht der Markt versagt habe, sondern die Wirtschaftseinheit selbst oder jedenfalls deren Führungsgänge. Dies stellt sich bei der Insolvenz eines Krankenhausträgers mitunter anders dar. Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen eines Krankenhauses werden neben der Wirtschaftlichkeit der einzelnen Einrichtung auch von den begrenzten Finanzmitteln der gesetzlichen Krankenversicherung und bei einem Fallpauschalensystem von der Auslastung des Krankenhauses bestimmt. Hinzu kommt die bereits dargestellte hohe Regulationsdichte des deutschen Krankenhausmarktes, welche die Krankenhausunternehmen etwa durch wenig flexible Finanzierungsparameter vor Herausforderungen stellen und auch auf potentielle Investoren abschreckend wirken könnten.<sup>1013</sup> Zudem wird die anhaltend unzureichende Investitionsfinanzierung der Krankenhäuser zu einer weiter fortschreitenden Marktkonsolidierung, Privatisierung und auch Verbundbildung führen und somit auch zu einer kontinuierlichen Dynamik im Krankenhausmarkt, denn nach wie vor weist Deutschland im Vergleich zum OECD-Durchschnitt eine überdurchschnittlich hohe Krankenhausedichte und auch Bettenüberkapazitäten auf.<sup>1014</sup>

Zu berücksichtigen ist auch das sog. Angebotsportfolio eines Krankenhauses, denn die Steuerungsmöglichkeiten des Leistungsgeschehens sind begrenzt.<sup>1015</sup>

---

<sup>1009</sup> Zur Problematik der verschiedenen Zielsysteme vgl. auch *Schlüchtermann*, Betriebswirtschaft und Management im Krankenhaus, S. 34.

<sup>1010</sup> *Deerberg-Wittram*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 147.

<sup>1011</sup> Zu den Zielkonflikten vgl. *Wasem/Walendzik/Thomas*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 6 ff.

<sup>1012</sup> *S. Schlüchtermann*, Betriebswirtschaft und Management im Krankenhaus, S. 59.

<sup>1013</sup> Zu den Besonderheiten von M&A-Transaktionen im Gesundheitswesen vgl. etwa *Stein/Klöck/Althaus*, NZS 2011, 525.

<sup>1014</sup> So auch *Wasem/Lux/Thomas*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 12 ff. („Würde für Deutschland [für] die Krankenhausedichte der Durchschnitt aller europäischen OECD-Staaten zugrunde gelegt werden, so könnte auf 10-14% der Krankenhausstandorte im Bundesgebiet verzichtet werden.“).

<sup>1015</sup> Die typische „Poor-Dog-Empfehlung“, eine Unit mit geringem Marktanteil und geringem Marktwachstum zu schließen, ist aus zwei Gründen für ein Krankenhaus nur selten eine gute Wahl, einerseits greift das zugrundeliegende Lebenszykluskonzept nicht unmittelbar, andererseits bestehen Versorgungsaufträge, die nicht ohne weiteres gekündigt

Dies bedeutet, dass das Krankenhaus auch defizitäre Leistungen aufgrund der staatlichen Krankenhausplanung und seines Versorgungsvertrages nicht ausschließen darf und somit eine aus betriebswirtschaftlicher Sicht sinnvolle Entscheidung nicht umsetzen kann.<sup>1016</sup> Insgesamt funktionieren dabei die klassischen strategischen Ansätze aus der Betriebswirtschaftslehre aufgrund des zentral administrierten Preissystems über Fallpauschalen<sup>1017</sup>, der eingeschränkten Konsumentenouveränität und der planwirtschaftlich anmutenden Krankenhausplanung nur sehr eingeschränkt. Das Plankrankenhaus erfüllt eine öffentliche Aufgabe und kann deshalb seine Preise<sup>1018</sup> nicht frei verhandeln.<sup>1019</sup> Der Preiswettbewerb spielt insoweit nur eine untergeordnete Rolle. Auch ist eine Angebotsausweitung aufgrund des Budgetgrundsatzes, vgl. § 11 KHEntgG, im Krankenhauswesen als Summe der geplanten und mit den Kostenträgern vereinbarten Erlösen und aufgrund des Umstandes, dass der Eingriff grundsätzlich medizinisch indiziert sein muss, nur sehr eingeschränkt möglich.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass auf Kostenseite die Möglichkeit, auf geringe Zuwächse der Finanzierungsmittel zu reagieren, durch den hohen Personalkostenanteil begrenzt ist. Ein Blick auf die Kostenstruktur verrät, dass die Personalkosten insgesamt über 60% der Gesamtkosten ausmachen, wobei wiederum der Pflege- sowie der ärztliche Dienst die zwei größten Einzelposten darstellen.<sup>1020</sup> Ein Personalabbau ist nur insoweit möglich, als dass es zu keiner Verringerung der Versorgungsqualität kommt.

Besonderheiten ergeben sich in Bezug auf das einzelne Krankenhaus aus der jeweiligen Trägerstruktur. Zu nennen sind hier etwa die kommunalen Krankenhäuser, welche Wettbewerbsnachteile dadurch erleiden können, dass Aufgaben zwischen den Gesellschaftern, dem Aufsichtsrat und der Geschäftsführung nicht professionell abgegrenzt sind und die Corporate Governance nicht eingehalten wird.<sup>1021</sup> Hinzukommt, dass die Arbeit kommunaler Krankenhäuser durch politische Konflikte dominiert und dadurch eine Orientierung primär am Unternehmensinteresse erschwert sein kann. Auch die Sicherstellung der Flächenversorgung ist ein Faktor, der gerade kleinere kommunale Krankenhäuser in ländlichen Gebieten vor besondere wirtschaftliche Herausforderungen stellt.<sup>1022</sup> Die Problematik des „Lösungsansatzes“ der Defizitfinanzierung wurde bereits hinlänglich erörtert. Gerade vor dem Hintergrund mangelhafter Investitionsförderung ist zudem einer der Vorteile privatisierter Krankenhäuser offensichtlich, welche – je nach Rechtsform – auf Kapitalquellen wie die Börse oder leichter auf Bankdarlehen aufgrund eines besseren finanzwirtschaftlichen Leistungsvermögens oder Vorhandensein freier Sicherheiten,

---

werden können, vgl. *Schlichtermann*, Betriebswirtschaft und Management im Krankenhaus, S. 165 ff.

<sup>1016</sup> Vgl. *Ohm*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 132.

<sup>1017</sup> Zu nennen seien etwa die Landesbasisfallwerte als Verhandlungspreise, vgl. *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 214 ff.

<sup>1018</sup> Zu Preisanpassungen als Sanierungsinstrument vgl. *Schneider/Schulz*, in: Thierhoff/Müller/Ily/Liebscher, Unternehmenssanierung, § 4 Rn. 163 ff.

<sup>1019</sup> Vgl. auch *Vollmöller*, KSzW 2012, 187, 193.

<sup>1020</sup> Nachweise bei *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, 1.6.

<sup>1021</sup> *Honsel*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 33.

<sup>1022</sup> Ebd., S. 34.

zurückgreifen können und ein attraktiveres Ziel für private Investoren darstellen. So sind auch Gegenstand der meisten Transaktionen im Krankenhaussektor solche defizitär betriebenen Einrichtungen mit signifikanten Investitionsstaus.<sup>1023</sup> Aber auch für grundsätzlich nicht gewinnorientierte Krankenhäuser in öffentlicher oder freigemeinnütziger Trägerschaft nimmt die Bedeutung positiver Deckungsbeiträge aus der Patientenversorgung sowie die Akquise von Eigen- und Fremdkapital zur Vornahme von Investitionen angesichts nicht ausreichender Investitionsmittelfinanzierung immer weiter zu.<sup>1024</sup> Vor diesem Hintergrund sind auch die Veränderungen in den Trägerstrukturen zu sehen, insbesondere ein Wandel von nicht profitorientierten Trägern hin zu profitorientierten privaten Trägerschaften.<sup>1025</sup>

Eine Besonderheit des Krankenhausmarktes ist zudem das sog. Einweisungsmanagement.<sup>1026</sup> Wesentlich zum Erfolg einer Einrichtung trägt dabei die Verbundenheit zu den regionalen Einweisern, den niedergelassenen Ärzten bei. Dies ist ein bedeutender Faktor in der Patientengewinnung.<sup>1027</sup>

Es wurde bereits aufgezeigt, dass das deutsche Gesundheitswesen keinen wirklichen Wettbewerb kennt. Grundsätzlicher Konsens ist, dass eine soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen nicht durch ein marktwirtschaftlich geprägtes System zu erreichen sei, sondern engmaschiger staatlicher Intervention bedarf.<sup>1028</sup> Der politisch intendierte Kostendruck generiert dabei einen Zielkonflikt zwischen dem ökonomischen Druck und dem ethischen Grundverständnis medizinisch Handelnder.<sup>1029</sup>

Letztlich führt die unzureichende Investitionsfinanzierung dazu, dass die Krankenhausträger gezwungen sind, notwendige und betriebswirtschaftlich sinnvolle Investitionen über Eigenmittel und Kredite<sup>1030</sup> zu finanzieren, wobei zu

---

<sup>1023</sup> So *Friesen/Albat*, in: Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg, Krankenhausmanagement, S. 61.

<sup>1024</sup> Zu diesem Befund vgl. *Wasem/Walendzik/Thomas*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 1 Rn. 12; ferner vgl. bereits *Schlüchtermann*, ZöG 1998, 432 ff. („derartige strategische Planungen waren bis vor wenigen Jahren nicht erforderlich, weil die Wettbewerbsintensität gering bis nicht vorhanden war und der Krankenhausplan wichtige Planungsbereiche wie nahezu die gesamte Investitionspolitik extern vorgab“).

<sup>1025</sup> Nachweise bei *Goepfert/Conrad*, Unternehmen Krankenhaus, S. 33.

<sup>1026</sup> 70 bis 80 % des elektiven Fallaufkommens deutscher Krankenhäuser wird über die Empfehlung des niedergelassenen Arztes generiert, vgl. *Raab/Legl*, in: Blum/Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 133.

<sup>1027</sup> Hierzu vgl. auch das Interview mit Dr. med. Manfred Georg Krukemeyer, Gesellschafter der Paracelsus-Kliniken: „In Henstedt-Ulzburg und Kaltenkirchen gab es jeweils ein marodes Krankenhaus, und allen war klar: Wir brauchen keine zwei Krankenhäuser. Wir entschieden uns, das neue State-of-the-art-Krankenhaus in Henstedt zu bauen und das Haus in Kaltenkirchen zu schließen. Der Ärger in Kaltenkirchen war so groß, dass die ärztlichen Zuweiser verkündeten, keine Patienten nach Henstedt zu schicken. Das müssen Sie sich einmal vorstellen! Wir hatten für zwei Krankenhäuser kalkuliert, es kamen aber nur Patienten für eines. Das hat mich Millionen gekostet. Daraufhin wollten wir das Krankenhaus in Henstedt-Ulzburg verkaufen. Weil aber kein Kaufinteressent für den Fortbestand garantieren wollte, haben wir das dann doch nicht gemacht. Uns war der Fortbestand des Hauses wichtiger als die Rendite.“, Dtsch. Ärztebl. 2012, 109 ff.

<sup>1028</sup> Zu dieser Einordnung auch *Munk*, Insolvenzprophylaxe in Deutschland, S. 265.

<sup>1029</sup> *Schnoor/Hokema*, Dtsch. Ärztebl. 2011, 108.

<sup>1030</sup> Gerade die Kreditaufnahme stellt sich als problematisch dar, weil das Vergütungssystem der Krankenhäuser diese Möglichkeit nicht berücksichtigt, so dass eine



berücksichtigen ist, dass die Leistungsentgelte kalkulatorisch keine Investitionskosten berücksichtigen. Diese Ausgestaltung bedingt ein strukturelles Defizit und kann zu Substanzverlusten bei der baulichen und technischen Infrastruktur und damit zu einer abnehmenden Wettbewerbsfähigkeit mangels Effizienzverbessernder Maßnahmen führen.<sup>1031</sup>

Insgesamt ergibt sich damit ein Bild der jedenfalls partiell exogen beeinflussten wirtschaftlichen Schieflage vieler Einrichtungen.<sup>1032</sup> Es findet sich eine mangelnde Erlössituation aufgrund rückläufiger Fallzahlen bei gleichzeitig zu vielen Marktteilnehmern vor. Umsatzrückgänge sind aufgrund hoher Qualitätsanforderungen nur bedingt durch Rationalisierungsmaßnahmen auszugleichen. Einer Angebotsausweitung sind ebenso Grenzen gesetzt. Zudem hat die bisherige Untersuchung gezeigt, dass auch Investitionen als Mittel zur Krisenbewältigung durch die Finanzschwäche der Kostenträger nicht in ausreichendem Maße möglich sind.<sup>1033</sup> Steigenden Kosten einerseits und konstanten Erlösen andererseits kann nur schwierig über zielgerichtete Investitionen begegnet werden, da insoweit aufgrund der dualen Finanzierung der unternehmerische Freiraum fehlt. Die sodann notwendige Aufnahme von Darlehen oder der Einsatz von Eigenkapital belastet die folgenden jährlichen operativen Ergebnisse zusätzlich mit Zinsen und bilanziellen Abschreibungen.

Zwar sind die meisten Krankenhäuser in Deutschland nicht als unabhängige Marktteilnehmer tätig, sondern agieren in einer Vielzahl komplexer marktregulierender Mechanismen. Gerade aber durch die gesetzgeberischen Entscheidungen im Finanzierungssystem sowie der Entscheidung, durch die Einführung des DRG-Systems die Finanzierung von der Leistungsfähigkeit der Einrichtung abhängig zu machen<sup>1034</sup>, sind Krankenhäuser nicht nur bloße Leistungserbringer, sondern Unternehmen, die erfolgsorientiert und marktbewusst geführt werden müssen. Gelingt dies nicht, insbesondere durch Maßnahmen zur Produktivitätssteigerung<sup>1035</sup>, kann bei anhaltender wirtschaftlicher Krise die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unumgängliche Folge sein. Hierbei ist aber stets zu berücksichtigen, dass das Insolvenzrecht mit seinen Mechanismen immer auch eine Chance zur Restrukturierung und Sanierung und damit einen möglichen Ausweg aus der Krise darstellt. Erschwert wird dies aber dadurch, dass nicht nur Führungsschwäche, falsche Einschätzungen der Geschäftsentwicklung und fehlerhafte strategische sowie operative Entscheidungen die Krise eines Krankenhausträgers auslösen, sondern eine solche durch die Strukturen des deutschen Gesundheitswesens jedenfalls mitbedingt ist.

Diese Befunde spiegeln sich letztlich auch in dem jährlich erscheinenden „Krankenhaus Barometer“ des deutschen Krankenhausinstituts (DKI)

---

Refinanzierung der Mittel nicht stattfindet und Zahlungen an Fremdkapitalgeber nahezu vollständig aus zu realisierenden Effizienzgewinnen durch die Investitionen gedeckt werden müssen, vgl. *Mertes*, in: Blum/Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 337.

<sup>1031</sup> Vgl. weiterführend *Blum*, in: ders./Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 16.

<sup>1032</sup> Vgl. allgemein zu gesamtwirtschaftlichen Einflussfaktoren auf Unternehmenskrisen auch *Engberding*, Unternehmenskrisen, Sanierung und Industriepolitik, S. 25 ff.

<sup>1033</sup> Zur Bedeutung der Investitionsplanung vgl. *Schlüchtermann*, Betriebswirtschaft und Management im Krankenhaus, S. 245 ff.

<sup>1034</sup> vgl. auch *Goepfert/Conrad*, Unternehmen Krankenhaus, S. 16.

<sup>1035</sup> Hierzu ausführlich *Rist/Kelbel*, in: Blum/Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 173 ff.

wieder.<sup>1036</sup> Bei dem Krankenhaus Barometer handelt es sich um eine jährlich durchgeführte Repräsentativbefragung deutscher Krankenhäuser mit dem Ziel den Krankenhäusern und den Krankenhausverbänden zeitnahe Informationen zum aktuellen Krankenhausesgeschehen zur Verfügung zu stellen. Ein zentrales Ergebnis des Reports ist, dass fast jedes dritte Allgemeinkrankenhaus in Deutschland (29 %) im Jahr 2016 Verluste geschrieben hat, mithin einen bilanziellen Jahresfehlbetrag ausweisen musste.<sup>1037</sup> Laut der Untersuchung schätzen nur 27 % der Krankenhäuser ihre wirtschaftliche Lage als eher gut ein, während 29 % der Krankenhäuser ihre wirtschaftliche Lage als eher unbefriedigend einschätzten.<sup>1038</sup> Für das Jahr 2018 erwarten nur gut ein Fünftel der Häuser eine Verbesserung.<sup>1039</sup>

Ähnlich lauten auch die Befunde des Krankenhaus Rating Reports des Jahres 2017<sup>1040</sup>, in welchem insgesamt 506 Jahresabschlüsse deutscher Krankenhäuser aus dem Jahr 2014 untersucht wurden. Zentraler Indikator zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage eines Krankenhauses ist dabei die Ausfallwahrscheinlichkeit oder auch *Probability of Default*, welche angibt, mit welcher Wahrscheinlichkeit das Krankenhaus innerhalb eines Jahres seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen kann und damit Insolvenz anmelden muss.<sup>1041</sup> Insgesamt lagen dabei etwa 9 % aller Krankenhäuser im sog. roten Bereich, also der erhöhten Ausfallwahrscheinlichkeit, welche zu Problemen bei der Kreditaufnahme führt oder diese sogar unmöglich macht.<sup>1042</sup> Insgesamt weisen dabei größere Krankenhäuser ein besseres Rating auf als kleine<sup>1043</sup>, zudem ist ein hoher Grad an Spezialisierung vorteilhaft.<sup>1044</sup> Im Übrigen ist die wirtschaftliche Lage der öffentlich-rechtlichen Krankenhäuser signifikant schlechter als die der freigemeinnützigen und privaten Einrichtungen.<sup>1045</sup>

#### IV. Überversorgter Markt

Der bereits aufgezeigte Umstand der regional vorzufindenden Überversorgung mit Krankenhauseinrichtungen trägt seinen Anteil zu der wirtschaftlichen Schieflage vieler Einrichtungen bei, da sich die Konkurrenz um Patienten auf den Bettenauslastungsgrad auswirkt und somit zur kostenintensiven

---

<sup>1036</sup> Das Krankenhaus Barometer 2017 ist abrufbar unter: [https://www.dki.de/sites/default/files/downloads/2017\\_11\\_kh\\_barometer\\_final.pdf](https://www.dki.de/sites/default/files/downloads/2017_11_kh_barometer_final.pdf) (1.02.2018).

<sup>1037</sup> Ebd., S. 6.

<sup>1038</sup> Ebd., S. 9.

<sup>1039</sup> Ebd., S. 11.

<sup>1040</sup> Augurzky/Krolop/Pilny/Schmidt/Wuckel, Krankenhaus Rating Report 2017.

<sup>1041</sup> Ebd., S. 89 f.

<sup>1042</sup> Die Untersuchung hat zudem ergeben, dass im Durchschnitt 20 % bis 30 % der einzelnen Standorte eines Krankenhausunternehmens einen Verlust erwirtschaften, selbst wenn dieser insgesamt einen Gewinn ausweist, s. Ebd.

<sup>1043</sup> Gemeint sind Einrichtungen mit weniger als 150 Betten; hierbei hat die Untersuchung auch gezeigt, dass die wirtschaftliche Lage der Krankenhäuser in Regionen mit einer geringen Einwohnerdichte nicht schlechter ist als in solchen mit hoher Krankenhausdichte, vgl. ebd., S. 135 f.

<sup>1044</sup> Ebd., S. 155.

<sup>1045</sup> 2014 befanden sich 16,5 % der öffentlich-rechtlichen Krankenhäuser im roten und 22 % im gelben Bereich, womit der grüne Bereich mit 61,5 % deutlich kleiner war bei den Einrichtungen in privater und freigemeinnütziger Trägerschaft, vgl. ebd., S. 122.

Vorhaltung von Ressourcen führt, die aber nicht in Anspruch genommen werden.<sup>1046</sup> Dieser Faktor im Zusammenspiel mit einer nicht ausreichenden Investitionsmittelförderung stellt sich als krisen- und damit insolvenzbeschleunigender Faktor dar. Insoweit ist die Insolvenz eines Krankenhausträgers auch als Marktberaumungsmechanismus und damit als letztlich zwangsläufige Folge einer staatlich gelenkten Fehlplanung anzusehen. Insoweit kann das Ausscheiden eines Krankenhauses aber als durchaus gewollte Folge der Einführung des DRG-Systems betrachtet werden, welches die Wettbewerbsintensität und damit die Anforderungen an den wirtschaftlichen Betrieb eines Krankenhauses erhöht hat. Ein weiterer wichtiger Umstand ist, dass es in Deutschland viele kleine Krankenhäuser gibt, die ein sehr breites Angebot haben. Die Vorhaltekosten sind hoch und der Spezialisierungsgrad ist oft relativ gering; diese Häuser bieten viele Leistungen an, kommen aber je Leistungsart nicht auf die nötigen Mengen.

Damit lässt sich der Insolvenz eines Krankenhauses auch das positive Faktum abgewinnen, dass hierdurch eine marktförmige Anpassung an die Nachfrage und eine Neuaufstellung des Krankenhausträgers angestoßen werden kann.<sup>1047</sup> Zu diesem Ergebnis kam auch schon der Krankenhaus Rating Report aus dem Jahre 2012 mit der Aussage, dass „eine Marktberaumung allerdings zum Teil nötig [sei], um den Krankenhausmarkt zu stabilisieren“.<sup>1048</sup>

## **V. Krankenhausinsolvenzen in Deutschland im Zentrum medialer Aufmerksamkeit**

Ein Insolvenzverfahren bedeutet für die Beteiligten einen Prozess der Verunsicherung, etwa durch die Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes. Dies gewinnt in der Insolvenz eines Krankenhausträgers durch die öffentliche Wahrnehmung und die öffentliche Angst vor einer Gefährdung der stationären Krankenversorgung eine besondere Dynamik. Hierdurch ziehen Krankenhausinsolvenzen in aller Regel die Aufmerksamkeit jedenfalls der regionalen Berichterstattung auf sich. Somit kommt der Kommunikation in der Insolvenz eine erhöhte Bedeutung zu, um einerseits den Vertrauensverlust in der öffentlichen

---

<sup>1046</sup> Vgl. etwa auch das Thesenpapier der Nationalen Akademie der Wissenschaften, abrufbar unter: [https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/Leo\\_Diskussion\\_Medizin\\_und\\_Oekonomie\\_2016.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/Leo_Diskussion_Medizin_und_Oekonomie_2016.pdf) (20.02.2018).

<sup>1047</sup> Zu den Chancen und Risiken eines Insolvenzverfahrens vgl., *Undritz*, in: Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher, Unternehmenssanierung, § 2 Rn. 51.

<sup>1048</sup> Hierzu auch: *Drohende Insolvenzen: Marktberaumung durch Kliniksterben*, abrufbar unter: <http://www.deutsche-gesundheits-nachrichten.de/2012/06/21/drohende-insolvenzen-marktberaumung-durch-kliniksterben/> (13.02.2018); ferner vgl. das Interview mit Prof. Dr. Boris Augurzy in der WirtschaftsWoche (WiWo) v. 22.12.2017 („Der Markt erzwingt quasi gewisse Insolvenzen; er lässt die hohe Dichte an einigen Standorten nicht mehr zu. Deshalb schließen sich aktuell viele Häuser zusammen. Das machen zurzeit auch viele kommunale Anbieter.“), abrufbar unter: <http://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/klinikette-paracelsus-ist-pleite-jedes-zehnte-krankenhaus-ist-insolvenzgefaehrdet/20787496.html> (14.02.2018); ferner zeigt der Nachfolgereport aus dem Jahr 2017, dass insbesondere in reichen Städten und Landkreisen der Marktaustritt durch öffentliche Subventionen verschleppt wird und notwendige Anpassungen zur Optimierung der Krankenhausstrukturen ausbleiben, vgl. *Augurzy/Krolop/Pilny/Schmidt/Wuckel*, Krankenhaus Rating Report 2017, S. 127 f.

Wahrnehmung entgegenzuwirken, andererseits aber auch die Chancen eines Insolvenzverfahrens darzustellen.<sup>1049</sup>

Wie sehr die Krise eines Krankenhausträgers im Zentrum medialer Aufmerksamkeit steht, zeigt beispielsweise jüngst die Insolvenzantragstellung der *Paracelsus-Kliniken Deutschland GmbH & Co. KGaA*.<sup>1050</sup> So berichtet die überregionale deutsche Tageszeitung „Handelsblatt“ am 29.12.2017 „Paracelsus will Krankenhäuser trotz Insolvenz erhalten“<sup>1051</sup>. Deutlich zeigen sich hier auch die widerstreitenden Interessen der verschiedenen Stakeholder. So berichtete „Die Zeit“ Ende Dezember, dass „die Ärztegewerkschaft Marburger Bund kritisierte, es sei unverantwortlich die Angestellten kurz vor Weihnachten in eine 'emotionale Ausnahmesituation zu versetzen'. Ver.di warf den Kliniken Managementfehler und Strukturprobleme vor. So gebe es zu viele Fachabteilungen in den Kliniken und Investitionen seien versäumt worden.“<sup>1052</sup> Die Generalbevollmächtigten<sup>1053</sup> wiederum werden mit folgenden Worten zitiert: „die Entscheidung über die Eigenverwaltung ist ein starkes Signal des Gesellschafters. Wir sehen diesen Schritt als Chance. Eine Chance, die wir aus Verantwortung gegenüber den Patienten, den Mitarbeitern und auch aufgrund des Versorgungsauftrags, den die Paracelsus-Kliniken in ihren Regionen haben, nutzen werden.“<sup>1054</sup>

## VI. Marktaustritte

Die Insolvenz eines Krankenhausträgers kann in einem größeren Zusammenhang mit den allgemeinen Marktaustritten von Krankenhäusern in Deutschland betrachtet werden, welche einerseits aufgrund bestehender finanzieller Engpässe im Gesundheitssystem, andererseits aber aufgrund von regionaler Überversorgung keine Seltenheit darstellen.

Ein Gutachten des GKV-Spitzenverbandes aus dem Jahr 2014<sup>1055</sup> mit dem Titel „Darstellung und Typologie der Marktaustritte von Krankenhäusern in Deutschland 2003 – 2013“ liefert einen Überblick, wo und in welchem

---

<sup>1049</sup> Instrukтив *Voskuhl/Mönning*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 10 Rn. 1 ff.

<sup>1050</sup> Nach eigenen Angaben zählen die Paracelsus-Kliniken mit rund 40 Einrichtungen an insgesamt 23 Standorten zu den großen privaten Klinikträgern in Deutschland. Bundesweit betreuen rund 5.200 Mitarbeiter jährlich mehr als 100.000 stationäre Patienten, s. <https://www.paracelsus-kliniken.de> (13.02.2018).

<sup>1051</sup> Abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/dienstleister/klinkette-paracelsus-will-krankenhaeuser-trotz-insolvenz-erhalten/20798494.html> (13.02.2018)

<sup>1052</sup> Der Bericht ist abrufbar unter: <http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2017-12/insolvenz-paracelsus-kliniken-osnabrueck> (13.02.2018).

<sup>1053</sup> Die Paracelsus-Kliniken Deutschland GmbH & Co. KGaA mit Sitz in Osnabrück hat am 21.12.2017 beim Amtsgericht Osnabrück einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung gestellt, s. <https://www.paracelsus-kliniken.de/nc/aktuelles/news-details/article/paracelsus-kliniken-streben-sanierung-in-eigenverantwortung-an.html> (13.02.2018).

<sup>1054</sup> S. <https://www.shz.de/regionales/schleswig-holstein/wirtschaft/paracelsus-kliniken-stellen-insolvenzantrag-in-eigenregie-id18639481.html> (13.02.2018).

<sup>1055</sup> Abrufbar unter: [https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung\\_1/krankenhaeuser/Gutachten\\_Marktaustritte\\_KH\\_07-2014\\_Textteil.pdf](https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/krankenhaeuser/Gutachten_Marktaustritte_KH_07-2014_Textteil.pdf) (12.02.2018).

Umfang vollständige Marktaustritte von Krankenhäusern seit der DRG-Einführung Anfang des Jahres 2003 bis Herbst 2013 stattgefunden und welche Einflussfaktoren dabei eine wesentliche Rolle gespielt haben.

Laut des Gutachtens weist zwar die offizielle Krankenhausstatistik des Statistischen Bundesamtes für den Zeitraum 2003 bis 2012 einen Rückgang um insgesamt 204 auf 2.017 Krankenhäuser aus. Hiervon sind aber nur 74, also gut 36 % auf vollständige Marktaustritte zurückzuführen.<sup>1056</sup> In dem gesamten in die Untersuchung einbezogenen Zeitraum wurden vor allem kleinere Krankenhäuser geschlossen. Krankenhäuser, die vollständig geschlossen wurden, verfügten im Durchschnitt jeweils über gut 70 Betten.

Bezogen auf die Entwicklung der Bettenzahl ergibt sich gemäß der Krankenhausstatistik ein Rückgang um knapp 46.000 Betten. Auf vollständige Marktaustritte sind davon jedoch nach den Analysen dieses Gutachtens nur gut 5.200 Betten zurückzuführen. Der größte Teil des Bettenrückganges zwischen 2003 und Ende 2012 ist auf die Schließung von Abteilungen oder die Reduzierung von Bettenzahlen in weiterhin existierenden Krankenhäusern oder auf Bettenverlegungen im Zuge von Restrukturierungen zurückzuführen. Vollständige Marktaustritte spielten also beim Abbau von Krankenhäusern sowie Krankenhausbetten gegenüber Teilschließungen und dem Abbau von Kapazitäten in weiterhin existierenden Krankenhäusern oder auch im Zuge von Zusammenschlüssen von Krankenhäusern im betrachteten Untersuchungszeitraum eher eine geringe Rolle.

Insolvenzen waren für fast 20 % der identifizierten Marktaustritte letztlich der endgültige Grund für die Schließung.<sup>1057</sup> Symptomatisch war zumeist der Versuch, durch erhebliche Investitionen den Rückgang der Belegungszahlen zu erreichen, wobei diese aber den gewünschten Erfolg verfehlten und die wirtschaftlich bereits schwierige Situation verschärften.<sup>1058</sup> Allgemein kommt es also in den meisten identifizierten Fällen von Krankenhaus-Marktaustritten zunächst zu Belegungsproblemen und nachfolgend zu wirtschaftlichen Schwierigkeiten, bevor der Marktaustritt erfolgt.

Ein Blick auf die Trägerstruktur zeigt zudem, dass Krankenhäuser in öffentlicher und freigemeinnütziger Trägerschaft selten von Insolvenzen – bezogen als Ursache für den endgültigen Marktaustritt – betroffen waren. 9 der 14 Marktaustritte im Zuge eines Insolvenzverfahrens betrafen private Träger, drei freigemeinnützige und zwei öffentliche Träger.<sup>1059</sup> Dieser Befund ist einerseits mit dem den öffentlichen Krankenhäusern durch den kommunalen Gesellschafter gewährten Defizitausgleich zu erklären, andererseits mit der Insolvenzrechtunfähigkeit kommunaler Regie- und Eigenbetriebe sowie derjenigen Krankenhäuser, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind.<sup>1060</sup>

---

<sup>1056</sup> Die übrigen Fälle sind solche, in denen Kapazitäten bzw. Budgets im Zuge der Schließung an andere Standorte/Krankenhäuser verlagert worden sind.

<sup>1057</sup> Studie „Darstellung und Typologie der Marktaustritte von Krankenhäusern in Deutschland 2003 – 2013“, S. 46.

<sup>1058</sup> Ebd., S. 46 f.

<sup>1059</sup> Vgl. ebd., Tabelle 17 (S. 82).

<sup>1060</sup> Rund ein Drittel der Marktaustritte insgesamt betrafen allerdings Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft.

Eine interessante Erkenntnis der Studie ist zudem, dass nicht einmal ein Drittel der vollständigen Marktaustritte in „dünn besiedelten ländlichen Kreisen“ zu verorten war, dagegen 43 % in städtischen Kreisen.<sup>1061</sup> Von den insgesamt 74 Marktaustritten entfielen zudem 32 auf Krankenhäuser mit einer Bettenanzahl von bis zu 50 Betten, darunter sechs mit nur bis zu 20 Betten.

## **VII. Zwischenfazit**

Zwar ist und bleibt die originäre Aufgabe der Krankenhäuser die Versorgung von Patienten durch Medizin und Pflege. Diese kann aber nur angemessen gelingen, wenn das Krankenhaus auch wirtschaftlich geführt wird und mit den sich verändernden Marktbedingungen umzugehen weiß. Unter den gegebenen Rahmenbedingungen ist der Handlungsspielraum vieler Krankenhäuser eingeschränkt und das Krankenhausmanagement muss versuchen, aufstehende Chancen der Kostenreduktion und Erlössteigerung unter Beachtung der Wahrung der Behandlungsqualität zu nutzen. Dort wo dies nicht oder nicht in ausreichendem Maße gelingt, kommt die Insolvenzordnung ins Spiel. Im Rahmen dieses Verfahrens auftretende Probleme sollen im Folgenden dargestellt und damit einhergehende Fragen beantwortet werden.

### **B. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die „Zulassung“ eines Krankenhauses**

Es wurde bereits aufgezeigt, dass ein Krankenhaus zur Behandlung gesetzlich krankenversicherter Personen berechtigt ist, wenn es entweder in den Krankenhausplan des jeweiligen Landes aufgenommen ist oder einen Versorgungsvertrag abgeschlossen hat, denn nach § 108 SGB V dürfen Krankenkassen Krankenhausbehandlungen nur durch sog. Plankrankenhäuser sowie Hochschulkliniken und durch Krankenhäuser erbringen lassen, die einen Versorgungsvertrag mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen abgeschlossen haben. Mit einem Versorgungsvertrag als öffentlich-rechtlichem Vertrag wird das Krankenhaus für die Dauer des Vertrages zur Krankenhausbehandlung der Versicherten zugelassen, § 109 Abs. 4 SGB V.

Hiervon zu unterscheiden sind die sog. Privatkrankenhäuser, welche keine Zulassung nach § 108 SGB V innehaben, also weder in einen Landeskrankenhausplan aufgenommen wurden, noch einen Versorgungsvertrag mit den gesetzlichen Krankenkassen abgeschlossen haben. Dadurch bleibt nur die Versorgung der Privatversicherten.

Separiert davon zu betrachten ist die Frage, ob ein Krankenhausträger einer gewerberechtlichen Konzession nach § 30 GewO bedarf.<sup>1062</sup>

Zu untersuchen sind im Folgenden die Auswirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Krankenhausträgers in Bezug sowohl auf die krankenhaushausplanerische als auch auf die gewerberechtliche Zulassung.

---

<sup>1061</sup> Ebd. S. 21; diese Zahlen sind auf die Marktaustritte insgesamt bezogen und nicht auf diejenigen im Zuge eines Insolvenzverfahrens.

<sup>1062</sup> Hierzu sogleich.

## I. Grundsätze der Zulassung nach Krankenhausplanungsrecht und Gewerbeordnung

Hinsichtlich der Plankrankenhäuser sei in aller Kürze zusammengefasst, dass der Bund die Länder durch § 6 Abs. 1 KHG zur Aufstellung von Krankenhausplänen verpflichtet, welche herkömmlich die Vorgabe der Standorte von Krankenhäusern, deren Fachabteilungen und darin vorzuhaltende Bettenzahlen enthalten. Die Planumsetzung erfolgt durch einen Feststellungsbescheid, durch welchen die Vorgaben des Krankenhausplans durch die zuständige Behörde außenwirksam für den Krankenhausträger umgesetzt werden

Neben der krankenhaushausplanungsrechtlichen Zulassung ist auch die gewerbeordnungsrechtliche Seite zu berücksichtigen. So bedürfen gem. § 30 Abs. 1 GewO Unternehmer von Privatkanen- und Privatentbindungsanstalten sowie von Privatnervenkliniken einer Konzession der zuständigen Behörde.<sup>1063</sup> Die Erlaubnispflicht soll die Allgemeinheit vor durch nicht ordnungsgemäße Führung, Errichtung oder Lage einer Privatkanenanstalt bewirkten Gefahren schützen.<sup>1064</sup> Der Begriff Privatkanenanstalt ist nicht deckungsgleich mit dem Begriff Krankenhaus im KHG und SGB V.<sup>1065</sup> Entscheidend im Rahmen der GewO ist, dass das Krankenhaus privat betrieben wird, wobei als Anknüpfungspunkte neben der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zum Patienten, die Organisationsform des Krankenhauses als auch die Rechtsnatur des Krankenhausträgers in Betracht kommen.<sup>1066</sup>

Zunächst festzuhalten ist, dass es nicht auf die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses ankommt, so dass es sich um ein, nicht der GewO unterfallendes öffentliches Krankenhaus handeln kann, auch wenn die Ausgestaltung privatrechtlicher Natur ist.<sup>1067</sup> Teilweise wird entscheidend auf die Organisationsform des Krankenhauses abgestellt. Handelt es sich bei diesem z.B. um eine GmbH, so soll ein Privatkanenhaus i.S.d. GewO vorliegen, unabhängig von der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises, also selbst dann, wenn eine Kommune Alleingesellschafterin der Krankenhausgesellschaft ist.<sup>1068</sup>

Überzeugend<sup>1069</sup> erscheint es, auf die Person des Krankenhausträgers abzustellen und nicht auf die Rechtsform, in der dieser agiert. Dies liegt weniger darin begründet, dass gegenüber öffentlich-rechtlichen Trägern einer Klinik, wie etwa Gebietskörperschaften, insbesondere Kommunen, eine gewerberechtliche Konzessionspflicht nicht erforderlich erscheint, um den Gesetzeszweck zu verwirklichen weil ihnen eine gewerberechtliche Zuverlässigkeit zu

---

<sup>1063</sup> Grundsätzlich erfolgt der Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren aus der Tätigkeit der Ärzte und anderer Heilberufe hingegen nach den Heilberufsgesetzen der Länder sowie nach dem weiteren Gesundheitsrecht, wie bspw. dem Infektionsschutzgesetz, hierzu Tettinger/Wank/*Ennuschat*, GewO, § 30 Rn. 1.

<sup>1064</sup> Ebd. Rn. 2.

<sup>1065</sup> Zu diesen Krankenhausbegriffen s. schon oben Erster Teil I. A. II. 2.

<sup>1066</sup> Tettinger/Wank/*Ennuschat*, GewO, § 30 Rn. 19.

<sup>1067</sup> Ebd. Rn. 20.

<sup>1068</sup> So *Marcks*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 30 Rn. 6 („nicht genügt es, dass eine juristische Person nur wirtschaftlich die Anstalt trägt, z.B. durch Besitz der Gesellschaftsanteile einer juristischen Person des Privatrechts.“).

<sup>1069</sup> Jedenfalls in Hinblick auf die Konzeption der GewO und die generelle Kritik an § 30 GewO außer Acht lassend.

unterstellen ist, auch wenn sie sich privatrechtlicher Rechtsformen bedienen.<sup>1070</sup> Entscheidend ist hingegen, dass nach Konzeption der GewO und des klaren Wortlauts von § 30 GewO öffentlich-rechtlich strukturierte Krankenhäuser nicht konzessionspflichtig sind; dann kann aber auch nichts anderes gelten, wenn sich ein solcher Träger rein organisationsrechtlich einer Rechtsform des Privatrechts bedient.

Damit bleibt festzuhalten, dass für die strittige Gruppe der kommunalen Krankenhausgesellschaften keine Konzessionspflicht besteht, sondern lediglich für solche Krankenhäuser, die privatrechtlich organisiert sind und sich auch in privater Trägerschaft befinden. Im Übrigen besteht die Erlaubnispflicht nach § 30 GewO nur, wenn der Unternehmer gewerbsmäßig handelt, d.h. mit Gewinnerzielungsabsicht.

Klarstellend sei zum Verhältnis der beiden Verfahren erwähnt, dass aus der Konzessionserteilung keine Ansprüche nach dem KHG oder dem SGB V auf finanzielle Zuwendungen abgeleitet werden können, und umgekehrt auch die Aufnahme in den Krankenhausplan und eine Förderung nach dem KHG keine konkludente Erlaubnis nach § 30 GewO beinhalten.<sup>1071</sup>

Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht ein Rechtsanspruch, wenn die in § 30 GewO festgelegten Voraussetzungen zur Erlaubniserteilung erfüllt sind.

## II. Widerruf der gewerberechtlichen Konzession

Hinsichtlich derjenigen Krankenhäuser, die nicht zur Versorgung gesetzlich krankenversicherter Patienten nach §§ 39, 108 SGB V zugelassen sind, also weder in den Landeskrankenhausplan aufgenommen, noch einen Versorgungsvertrag abgeschlossen haben, kommt lediglich der Widerruf der Gewerbeerlaubnis aufgrund festgestellter Unzuverlässigkeit in Betracht.<sup>1072</sup> Insoweit bestimmt § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GewO, dass die Konzession (nur) dann zu versagen ist – und damit auch widerrufen werden kann – wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Unternehmers in Bezug auf die Leistung oder Verwaltung der Anstalt oder Klinik dartun.

Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist im Gewerberecht nicht gesetzlich definiert, allgemein anerkannt ist hingegen, dass derjenige gewerberechtlich unzuverlässig ist, der keine Gewähr dafür bietet, dass er in Zukunft sein Gewerbe ordnungsgemäß ausüben wird.<sup>1073</sup> Die Beurteilung erfolgt dabei in zwei Schritten: zunächst werden Tatsachen ermittelt, die sodann Grundlage für die

---

<sup>1070</sup> So BeckOKGewO/Rodenbeck, § 30 Rn. 21 (auch mit dem Hinweis auf die i.d.R. gegebene Unerheblichkeit des Meinungsstreits, da es zumeist an dem weiteren Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht fehle. „Auch wenn es dem öffentlich-rechtlichen Träger auch um die Erzielung von Einnahmen oberhalb der Kostendeckung gehen sollte, so ist vorrangig und damit bestimmend für sein Handeln die Förderung des Gemeinwohls durch Erfüllung öffentlicher Aufgaben, also die Wahrnehmung von Zwecken des Gemeinwohls“; so auch Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 30 Rn. 22; a.A. Leisner, GewA 2006, 188 ff.; nicht zu Unrecht kritisch zu § 30 GewO und der überholten Unterscheidung zwischen verschiedenen Trägergruppen innerhalb der Krankenhausbetreiber Wernick, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 22.

<sup>1071</sup> S. Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 30 Rn. 33.

<sup>1072</sup> Zu den einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen s. ebd., § 30 Rn. 256.

<sup>1073</sup> M.w.N. ebd., § 35 Rn. 27.



Einschätzung sind, ob der Gewerbetreibende zukünftig seine Tätigkeit ordnungsgemäß ausüben wird; dabei ist der Begriff unter Beachtung des Grundrechts der Berufsfreiheit und des Prinzips der Verhältnismäßigkeit auszulegen.<sup>1074</sup> Das Merkmal der Unzuverlässigkeit im Rahmen von § 30 Abs. 1 S. Nr. 1 GewO ist zum einen dann anzunehmen, wenn Gefahren für Patienten oder Nachbarn nicht abgewendet werden, zum anderen dann, wenn der Unternehmer<sup>1075</sup> wirtschaftlich nicht leistungsfähig ist.<sup>1076</sup>

Hintergrund letzterer Annahme ist, dass im Interesse des ordnungsgemäßen und redlichen Wirtschaftsverkehrs von einem Gewerbetreibenden erwartet werden kann, dass er bei anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit ohne Rücksicht auf die Ursachen seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten seinen Gewerbebetrieb aufgibt; unterlässt er dies, erweist er sich als unzuverlässig.<sup>1077</sup> Somit können etwa bereits die Eröffnungstatbestände der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit die förmliche Annahme der Unzuverlässigkeit rechtfertigen.

Um hingegen dem insolvenzrechtlichen Ziel der Unternehmenssanierung auch im Gewerberecht Geltung zu verschaffen, wurde durch § 12 GewO dem Insolvenzrecht Vorrang vor dem Gewerberecht eingeräumt und der zwischen diesen beiden Rechtsgebieten bestehende Zielkonflikt<sup>1078</sup> beseitigt.<sup>1079</sup> Gem. § 12 S. 1 GewO sind die zuständigen Behörden während des Insolvenzverfahrens, während der Zeit, in der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO angeordnet sind und während der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans nicht berechtigt, das Gewerbe zu untersagen oder die erforderlichen Erlaubnisse zu widerrufen, wenn diese Verfügung auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden gestützt wird, welche auf ungeordnete Vermögensverhältnisse<sup>1080</sup> zurückzuführen ist. Hieraus folgt, dass der Krankenhausbetrieb auch in der Insolvenz fortgeführt werden kann, obwohl die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Gewerbetreibenden ein wesentliches Zulässigkeitsmerkmal darstellt und damit Voraussetzung für den Betrieb ist.<sup>1081</sup> Ein Beschluss der Gläubigerversammlung gem. § 157 InsO, dass das Krankenhaus vorläufig fortgeführt werden soll, könnte damit nicht durch eine gewerberechtliche Untersagungs- oder Widerrufsverfügung die Grundlage entzogen werden. Insoweit bleibt die Gläubigerautonomie gewahrt und die Entscheidung über das weitere Schicksal des

---

<sup>1074</sup> Ebd.

<sup>1075</sup> Zu den Versagungsgründen, die eine juristische Person selbst verwirklichen kann vgl. *Marcks*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn. 65; im Übrigen ist auf die vertretungsberechtigten Personen abzustellen.

<sup>1076</sup> Ebd., § 30 Rn. 19.

<sup>1077</sup> So BVerwGE 65, 1, 4.

<sup>1078</sup> Z.B. §§ 157, 217 ff. InsO auf der einen und §§ 35 Abs. 1, 57, 70a GewO auf der anderen Seite.

<sup>1079</sup> Instrukтив *Antoni*, NZI 2003, 246 ff.; ferner *Koerfer*, Gewerbe- und Berufsrecht im Spannungsfeld zum Insolvenzverfahren, S. 19 f.

<sup>1080</sup> Ungeordnete Vermögensverhältnisse liegen in der Regel dann vor, wenn über das Vermögen des Gewerbetreibenden das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, s. § 34b Abs. 4 Nr. 2 GewO.

<sup>1081</sup> Vgl. auch *Koerfer*, Gewerbe- und Berufsrecht im Spannungsfeld zum Insolvenzverfahren, S. 1 ff.; diese Norm findet keine Anwendung auf freiberuflich Tätige, die damit regelmäßig ihre Zulassung verlieren, zu dieser Problematik vgl. weitergehend *Niesert/Georgiev*, NZI 2013, 117 ff.

Betriebes kann nicht durch eine behördliche Entscheidung vorweggenommen werden.

### **III. Das Insolvenzverfahren als Grund für die Annahme fehlender Bedarfsgerechtigkeit**

Klärungsbedürftig ist nun, wie sich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Krankenhausträgers auf dessen krankenhaushausplanungsrechtliche Zulassung auswirkt.

#### **1. Bei Einstellung des Krankenhausbetriebs**

Unproblematisch ist zunächst der Fall, dass der Krankenhausträger den Betrieb des Krankenhauses dauerhaft einstellt, unabhängig davon, ob über das Vermögen des Krankenhausträgers das Insolvenzverfahren eröffnet ist. In einem solchen Fall ist das Krankenhaus aus dem Krankenhausplan des jeweiligen Landes herauszunehmen, weil es nicht mehr für die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen zur Verfügung steht. Die Herausnahme erfolgt durch einen Widerrufsbescheid<sup>1082</sup> und ist im Insolvenzverfahren gegenüber dem Insolvenzverwalter zu erklären.<sup>1083</sup>

#### **2. Bei Fortführung des Krankenhausbetriebes**

Der soeben geschilderte Fall stellt hingegen die Ausnahme dar; jedenfalls bis zum Berichtstermin wird der Insolvenzverwalter auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Krankenhausbetrieb weiterführen und auch im Fortgang kommt bspw. eine Fortführung des Betriebes einhergehend mit einer übertragenden Sanierung in Betracht.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen rechtlichen Grund bildet, von einer fehlenden Bedarfsgerechtigkeit des Krankenhauses auszugehen, so dass dieses aus dem Krankenhausplan herauszunehmen ist. Bedarfsgerecht ist dabei ein Krankenhaus, wenn es nach seinen objektiven Gegebenheiten in der Lage ist, einen vorhandenen Bedarf zu befriedigen. Diese Definition zugrunde legend, kann die bloße Eröffnung des Insolvenzverfahrens als solches nicht zwangsläufig zur Herausnahme aus dem Krankenhausplan aufgrund fehlender Bedarfsgerechtigkeit führen, da die Eröffnung zwar einen Eröffnungsgrund i.S.d. §§ 16 ff. InsO voraussetzt, aber keine Aussage zum weiteren Schicksal der „lebenden Einheit“ Krankenhaus beinhaltet, vielmehr ist die Betriebsfortführung im Lichte der Insolvenzordnung in hohem Maße gewünscht. Die InsO bildet dies – außer in § 1 S. 1 InsO – durch die Fortführungspflicht des starken vorläufigen Insolvenzverwalters bis zur Verfahrenseröffnung (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO) und den Gläubigerbeschluss im Berichtstermin über die Stilllegung oder Fortführung des Unternehmens (§§ 157, 158 InsO) ab.<sup>1084</sup>

---

<sup>1082</sup> Allgemein zur Herausnahme eines Krankenhauses aus dem Krankenhausplan, sowie deren Ermächtigungsgrundlage vgl. *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 106 ff.

<sup>1083</sup> S. *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 181.

<sup>1084</sup> *Rein*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 58.

Abgesehen des zu verneinenden Automatismus bedarf es aber einer Klärung, ob das Krankenhaus deshalb aus dem Krankenhausplan herauszunehmen ist bzw. herausgenommen werden kann, weil es aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit nicht mehr die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung zu sichern vermag. Ein Krankenhaus ist im Grundsatz leistungsfähig<sup>1085</sup>, wenn das Leistungsangebot die Anforderungen erfüllt, die nach dem Stand der Kenntnis der medizinischen Wissenschaft und dem Auftrag aus dem Feststellungsbescheid an ein Krankenhaus dieser Art zu stellen sind.

Nun ließe sich anführen, dass ein eröffnetes Insolvenzverfahren die Annahme der Unzuverlässigkeit i.S.d. § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GewO rechtfertigt und – in einem zweiten Schritt – ein unzuverlässiger Krankenhausbetreiber nicht die Gewähr für eine leistungsfähige Krankenhausbehandlung biete, da bei nicht ausreichender Finanzierung auch eine nicht ausreichende Versorgung der Patienten zu befürchten ist. Mithin entfielen eine der Voraussetzungen für die Aufnahme in einen Krankenhausplan und damit wären die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Widerrufsbescheid gegeben, da im entscheidungserheblichen Zeitpunkt nicht mehr die Voraussetzungen für die Versorgungsent-scheidung erfüllt sind.

In diesem Lichte ist eine Entscheidung des Bundessozialgerichts<sup>1086</sup> aus dem Jahre 2008 zu sehen, wonach eine überschuldete und am Rande des Insolvenzverfahrens stehende GmbH nicht die erforderliche gewerberechtliche Zuverlässigkeit zum Betrieb eines Krankenhauses besitze.<sup>1087</sup> Der Fall war – neben dem Umstand, dass es um die Aufnahme des Krankenhauses in die Versorgung gesetzlich krankenversicherter Patienten ging – hingegen schon deshalb besonders gelagert, weil bereits die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen mangels Masse abgelehnt worden war, so dass auch etwaigen Sanierungsversuchen keine Erfolgsaussichten beizumessen war.<sup>1088</sup>

---

<sup>1085</sup> Letztlich ist es nicht von entscheidender Bedeutung, ob die Diskussion um die Herausnahme aus dem Krankenhausplan anhand des Merkmals der Bedarfsgerechtigkeit oder der Leistungsfähigkeit geführt wird, da diese sich gegenseitig bedingen. Eine bedarfsgerechte Versorgung ist letztlich nur durch ein leistungsfähiges Krankenhaus sicherzustellen, das Merkmal der Bedarfsgerechtigkeit ist aber mehr planerischer, denn ökonomischer Natur und ist im Wesentlichen durch die objektive Bedarfsermittlung determiniert. In diesem Sinne spricht auch *Ziegler* davon, dass es an der Bedarfsgerechtigkeit fehle, wenn ein Krankenhaus nicht die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausbehandlung biete, s. *ders.* ZInsO 2014, 1577, 1583.

<sup>1086</sup> BSG, Urteil v. 28.07.2008 – B 1 KR 5/08 R = MedR 2009, 353.

<sup>1087</sup> In dem, dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt begehrte der Krankenhausträger den Abschluss eines Versorgungsvertrages nach § 109 SGB V; die Ausführungen bezüglich der Annahme der Unzuverlässigkeit lassen sich aber insoweit auch auf die Aufnahme in oder die Herausnahme aus dem Krankenhausplan übertragen.

<sup>1088</sup> So auch *Ziegler*, ZInsO 2014, 1577, 1583; Darüber hinaus behandelte die Klinik im großen Umfang auch Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung, obwohl sie nicht im Krankenhausplan des Bundeslandes aufgenommen worden war und auch kein Versorgungsvertrag mit den beklagten Krankenkassen bestand. Insbesondere weil die Krankenkassen die zunächst vor allem im Kostenersatzwege und später als Notfälle geltend gemachten Leistungen von mehr als 6,1 Mio. € mangels Zulassung der Klägerin nicht bezahlten, kam es zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Klägerin, welches mangels Masse nicht eröffnet wurde, s. *Tetzlaff*, jurisPR-InsR 25/2008 Anm. 3.

Aufgrund der geschilderten Besonderheiten des Sachverhaltes kann die Entscheidung hingegen nicht dahingehend verallgemeinert werden, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Krankenhausträgers in der Regel dazu führt, dass dieses aus dem Krankenhausplan aufgrund festgestellter Unzuverlässigkeit und damit fehlender Leistungsfähigkeit herauszunehmen ist.

Eine Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes<sup>1089</sup> aus dem Jahr 2002 deutet demgegenüber an, dass es auf die Beurteilung im Einzelfall ankomme, ob auch bei finanziellen Engpässen die Erbringung der Krankenhausleistungen in der erforderlichen Qualität dauerhaft sichergestellt sei. Insoweit führt das Gericht aus, dass es daran jedenfalls fehle, „wenn ein neues Krankenhaus seine Anlauffinanzierung bis zu einer Entscheidung über die begehrte Aufnahme in den Krankenhausplan nicht sicherstellen kann, da dies dafür spricht, dass es bei ihm auch später zu finanziellen Engpässen kommen kann und die Krankenhausleistungen nicht dauerhaft gesichert in der erforderlichen Qualität erbracht werden können“.<sup>1090</sup>

Aus der Systematik der Krankenhausplanung ergibt sich, dass der Ausschluss eines Krankenhauses aus der Krankenhausversorgung einen existenzgefährdenden Eingriff für das betroffene Krankenhaus darstellt, da ca. 90 % der Bevölkerung in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind und ein Krankenhaus, welches keine GKV-Patienten mehr aufnehmen darf, somit im Regelfall zur Betriebsaufgabe gezwungen ist.<sup>1091</sup> Damit ist auch klar, dass eine planerische Entscheidung, das betroffene Krankenhaus aus dem Krankenhausplan herauszunehmen, nahezu zwangsläufig die Sanierungsmöglichkeiten zunichtemacht und damit konträr zu einem der Ziele der Insolvenzordnung steht.

Es gilt deshalb folgendes: Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bedingt nicht die zwangsläufige Herausnahme aus dem Krankenhausplan des jeweiligen Landes. Vielmehr ist zunächst davon auszugehen, dass der Betrieb und damit die bedarfsgerechte Versorgung auch im eröffneten Insolvenzverfahren aufrechterhalten wird. Nur wenn in Ausnahmefällen festgestellt wird, dass die gebotene Qualität und damit die Sicherheit der Patienten nicht gewährleistet werden kann, ist die Aufnahmeentscheidung zu widerrufen. Als milderer Mittel muss aber zunächst eine Anpassung der bisherigen Festlegungen an ein geändertes Leistungsvermögen in Betracht gezogen werden.<sup>1092</sup>

Eine solche Einordnung ermöglicht zudem eine Harmonisierung sozialrechtlicher Wertungen mit den Normen und Zielen des Insolvenz- und Gewerberechts, wie sie bereits in § 12 GewO zum Ausdruck kam. Wenn die Entziehung der Konzession nach § 30 GewO nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgrund ungeordneter Vermögensverhältnisse zugunsten der Verfahrensziele der Insolvenzordnung nachrangig sein soll, dann muss diese Wertungsentscheidung auch auf die, für das wirtschaftliche Überleben nicht minder bedeutende Teilnahme an der stationären Versorgung gesetzlich versicherter Patienten übertragen werden. Etwas anderes gilt, wie aufgezeigt, nur bei dem insoweit

---

<sup>1089</sup> VGH München, Beschluss v. 01.08.2002 - 21 CE 02.950.

<sup>1090</sup> Ebd.

<sup>1091</sup> Hierzu bereits oben Erster Teil I. B. III. ferner *Thomae/Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, § 108 SGB V Rn. 8 f.

<sup>1092</sup> So auch *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 181; *Ziegler*, ZInsO 2014, 1577, 1583.

höher zu gewichteten Rechtsgut der Patientensicherheit, dessen Gefährdung in jedem Einzelfall festzustellen ist. Eine solche Auflösung des Spannungsfelds zwischen Insolvenz- und Sozialrecht berücksichtigt zudem in hinreichendem Maße die Grundrechtsposition des Krankenhausträgers aus Art. 12 GG, welches eine Widerrufungsverfügung nach den dargelegten Grundsätzen nur dann als verhältnismäßig erscheinen lässt, wenn die Herausnahme aus dem Krankenhausplan als *ultima ratio* betrachtet wird, wenn und soweit eine Gefährdung der Allgemeinheit zu befürchten ist.<sup>1093</sup>

#### **IV. Auswirkung des Insolvenzverfahrens auf bestehende Versorgungsverträge**

Mit einem Versorgungsvertrag als öffentlich-rechtlichem Vertrag wird das Krankenhaus für die Dauer des Vertrages zur Krankenhausbehandlung der Versicherten zugelassen, § 109 Abs. 4 SGB V.

##### **1. Kündigungsgrund**

Gem. § 110 Abs. 1 SGB V kann ein Versorgungsvertrag mit einer Frist von einem Jahr ganz oder teilweise gekündigt werden. Die Kündigung hat überdies gem. Abs. 1 S. 1 zu erfolgen, wenn der in § 109 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 genannte Kündigungsgrund vorliegt, gemeint ist der Fall unzureichender Qualität in der Krankenversorgung.

Eine Kündigung des Versorgungsvertrages darf nur aus den in § 109 Abs. 3 S. 1 SGB V genannten Gründen erfolgen. Sie ist also zusammengefasst dann zulässig, wenn das Krankenhaus nicht (mehr) leistungsfähig oder wirtschaftlich oder nicht bedarfsgerecht ist.<sup>1094</sup>

Hinsichtlich der Kündigung eines Versorgungsvertrages aufgrund eines eröffneten Insolvenzverfahrens gelten dieselben Grundsätze wie bei der Herausnahme aus dem Krankenhausplan. Mithin ist eine Beendigung des Versorgungsvertrages nur dann zwingend, wenn die Behandlung der Patienten eingestellt werden muss.<sup>1095</sup>

##### **2. Übertragung des Versorgungsvertrages**

Da die Zulassung zur stationären Versorgung auch im Falle des Abschlusses eines Versorgungsvertrages trägergebunden ist<sup>1096</sup>, müsste dieser im Falle eines Asset Deals im Wege der übertragenden Sanierung auf den Erwerber übertragen werden. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen hinsichtlich der Vertragsübernahme ist hierzu die Zustimmung der Vertragspartner, mithin der gemeinsam handelnden Landesverbände der Krankenkassen und der Ersatzkassen, notwendig.

---

<sup>1093</sup> Zur Berufsfreiheit der Krankenhausträger vgl. *Kaltenborn*, in: Huster/ders., Krankenhausrecht, § 2 Rn. 7 f.; ferner BSG, Urteil v. 28.07.2008 – B 1 KR 5/08 R, Rn. 31 f. = MedR 2009, 353.

<sup>1094</sup> S. *Schrinner*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 110 SGB V Rn. 7.

<sup>1095</sup> So auch *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 181.

<sup>1096</sup> Die meisten Versorgungsverträge legen dies auch ausdrücklich fest; vgl. im Übrigen vgl. auch *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 48.

Fraglich ist, ob die Kassen eine solche Zustimmung erteilen müssen. Denkbar wäre einzig, dass sich solche Pflicht aus dem Versorgungsvertrag ergibt, soweit diese ausdrücklich für den Fall eines Trägerwechsels vorgesehen ist. Abgesehen davon ist jedoch zu berücksichtigen, dass jedenfalls der Vertragsabschluss von Versorgungsverträgen i.S.v. § 108 Nr. 3 SGB V nach § 109 Abs. 3 S. 2 SGB V der Genehmigung der zuständigen Landesbehörde bedarf. Die Genehmigungserteilung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für den Versorgungsvertrag und die von ihm ausgehenden Rechtswirkungen.<sup>1097</sup>

Zentrale Frage ist damit, ob auch eine Vertragsübernahme der Genehmigung der Behörde bedarf. In diesem Zusammenhang führt das Landessozialgericht Baden-Württemberg<sup>1098</sup> aus, dass eine solche Verpflichtung<sup>1099</sup> „aufgrund der gesetzlichen Vorgaben in §§ 108 f. SGB V, insbesondere des Vorrangs der staatlichen Krankenhausplanung, auch nicht rechtswirksam im Versorgungsvertrag regelbar [wäre], weil auf diese Art und Weise die Prüfung nach § 109 SGB V, insbesondere die dort vorgesehene Prüfung der Leistungsfähigkeit, nicht umgangen werden dürfe.“ Das Gericht stellt damit entscheidend auf den Vorrang der staatlichen Krankenhausplanung ab und hält auch bei einer Vertragsübernahme die Genehmigung der zuständigen Landesbehörde für notwendig.

Dieser Einschätzung ist aus zwei Gründen zuzustimmen. Zum ersten setzt der Abschluss eines Versorgungsvertrages die Bedarfsgerechtigkeit des Krankenhauses voraus. Weiterhin muss das Krankenhaus leistungsfähig und wirtschaftlich sein.<sup>1100</sup> Die Feststellung, inwieweit diese Kriterien auch in Bezug auf den Käufer vorliegen, bedarf einer erneuten Prüfung. Zudem kann der Trägerwechsel auch als rechtfertigender Grund gesehen werden, die bisherigen Planfeststellungen in Frage zu stellen und zu modifizieren.<sup>1101</sup> Soweit dies nicht geschieht, ist angesichts der bisherigen Zulassung dabei zunächst davon auszugehen, dass das Merkmal der Bedarfsgerechtigkeit auch weiterhin erfüllt ist. Um hingegen die Leistungsfähigkeit beurteilen zu können, muss der Käufer als neuer Krankenhausträger aber nachweisen, dass das Krankenhaus die Gewähr für die Dauerhaftigkeit der nach dem Versorgungsauftrag zu erbringenden pflegerischen und ärztlichen Leistungen bietet. Die Behörde bedarf mithin Kenntnis der räumlichen, medizinisch-technischen und personellen Ausstattung, aber eben auch Kenntnis über die Zusammensetzung der das Krankenhaus tragenden Gesellschaft, insbesondere also der Gesellschaftsstruktur.<sup>1102</sup>

Zum zweiten spricht für das Genehmigungskriterium die grundrechtliche Relevanz der Krankenhausplanung in Bezug auf die anderen Krankenhausträger. Das Bundesverfassungsgericht<sup>1103</sup> hat im Zusammenhang mit der Aufnahme eines Neubewerbers in den Landeskrankenhausplan entschieden, dass die

---

<sup>1097</sup> S. BeckOKSozialrecht/Kingreen/Bogan, § 109 SGB V Rn. 22.

<sup>1098</sup> LSG Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.10.2011 - L 4 KR 2877-11 ER/B.

<sup>1099</sup> Gemeint ist die Verpflichtung der Vertragspartner zur Zustimmung der Vertragsübernahme durch einen neuen Krankenhausträger.

<sup>1100</sup> Stollmann, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 48.

<sup>1101</sup> Vgl. Quaas, ZMGR 2004, 179, 181 f.; ein solches Recht steht hingegen nicht den Landesverbänden der Krankenkassen zu, vgl. Knispel, NZS 2006, 120, 121.

<sup>1102</sup> So auch Stollmann, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 49.

<sup>1103</sup> BVerfG, Beschluss v. 04.03.2004 - 1 BvR 88/00 = NJW 2004, 1648; ferner m.w.N. Kaltenborn, in: Huster/ders., Krankenhausrecht, § 2 Rn. 11.

Ablehnung der Aufnahme eines Krankenhauses in den Landeskrankenhausplan einen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit des Krankenhausträgers darstellt. Gleiches muss insoweit für den Abschluss von Versorgungsverträgen gelten, da der Abschluss eines Versorgungsvertrages mit einem Träger bei einer rechnerischen Überversorgung im Planungsgebiet den Ausschluss konkurrierender Träger bedeute, die mithin nicht zur Versorgung zugelassen werden. Dieser grundrechtlich bedeutsame Wettbewerbsnachteil spricht gegen die Übertragung eines Versorgungsvertrages auf einen neuen Träger ohne Überprüfung der Vorgaben der krankenhaushausplanerischen Vorgaben.<sup>1104</sup>

Hieraus ergibt sich, dass die Vertragsübernahme durch den Käufer selbst dann der Genehmigung durch die zuständige Landesbehörde bedarf, wenn sich die Landesverbände der Krankenkassen im Versorgungsvertrag verpflichtet hätten, einer solchen Übernahme zuzustimmen.<sup>1105</sup> Dieses Genehmigungserfordernis stellt eine zusätzliche Hürde im Falle der übertragenden Sanierung dar.

## V. Ergebnis

Der Umgang mit der „Zulassung“ des Krankenhauses bedarf einer Harmonisierung der Regelungsziele, sowohl des Sozial- als auch des Gewerbe- und Insolvenzrechts. Jedenfalls für letztere hat der Gesetzgeber eine solche durch den gesetzlich angeordneten Vorrang des Insolvenzrechts in § 12 GewO geschaffen. Dieser Ausgleich lässt sich auch auf das Spannungsfeld zwischen Insolvenz- und Krankenhausrecht übertragen und räumt dem Regelungsziel der Sanierung von Unternehmen<sup>1106</sup> jedenfalls solange und soweit den Vorrang ein, als keine höherwertigen Patientenbelange gefährdet sind.

Die Annahme, dass ein Krankenhaus bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwingend aus dem Krankenhausplan herauszunehmen sei, wäre weder mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Krankenhausträgers aus Art. 12 GG, noch mit den Zielen der Insolvenzordnung vereinbar. Ob ein Krankenhaus deshalb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus dem Krankenhausplan herauszunehmen ist, kann nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalles und unter Einbeziehung der Belange, sowohl der Kostenträger als auch der Patienten und des Krankenhausträgers, beantwortet werden.

Demgegenüber unproblematisch ist der Fall, dass der Krankenhausträger den Betrieb des Krankenhauses dauerhaft einstellt. Hier ist das Krankenhaus aus dem Krankenhausplan des jeweiligen Landes herauszunehmen, weil es nicht mehr für die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen zur Verfügung steht.

In Bezug auf einen abgeschlossenen Versorgungsvertrag i.S.d. § 108 Nr. 3 SGB V gelten hinsichtlich der Kündigung aufgrund eines eröffneten Insolvenzverfahrens dieselben Grundsätze wie bei der Herausnahme aus dem

---

<sup>1104</sup> So auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.10.2011 - L 4 KR 2877-11 ER/B.

<sup>1105</sup> So auch Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1583.

<sup>1106</sup> Als Regelungsziel zu verstehen, soweit die Sanierung bzw. Unternehmensfortführung als beste Form der Gläubigerbefriedigung nutzbar gemacht werden kann, allgemein hierzu Uhlenbruck/Mönning, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 1 Rn. 38.

Krankenhausplan. Die Übertragung eines Versorgungsvorganges bedarf zudem der Genehmigung der zuständigen Behörde nach § 109 Abs. 3 S. 2 SGB V.

### **C. Behandlung krankenhaushausrechtlicher Fördermittel in der Insolvenz**

Der Überblick zur dualistischen Krankenhausfinanzierung hat bereits gezeigt, dass Krankenhäuser zu einem bedeutenden Teil durch Fördermittel finanziert werden.

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat auch Auswirkungen auf die Förderung. Im Falle eines öffentlich geförderten Plankrankenhauses i.S.d. §§ 108 Nr. 2 SGB V, 8 Abs. 1 S. 1 KHG stellt sich im Insolvenzverfahren einerseits die Frage, ob und in welchem Umfang das Krankenhaus auch zukünftig weiter auf Grundlage des KHG gefördert werden muss und ob andererseits bereits gezahlte Fördermittel zurückgefordert werden können und auf welchem Wege dies geschehen kann.<sup>1107</sup>

Die in diesem Kontext auftretenden Probleme können nur durch einen sachgerechten Ausgleich des Insolvenzrechts auf der einen und des Verwaltungsrechts auf der anderen Seite gelöst werden.

### **I. Die Fördermittel nach Krankenhausrecht**

Die allgemeinen Rahmenbedingungen der Investitionsfinanzierung wurden schon an anderer Stelle aufgezeigt<sup>1108</sup>, so dass folgend lediglich ein kurzer Überblick über die einzelnen Fördertatbestände gegeben werden soll. Die Abs. 1 und 2 des § 9 KHG unterscheiden bei den Förderungstatbeständen zwischen Investitions- und investitionsgleichen Kosten.

#### **1. Die Investitionskosten, § 9 Abs. 1 KHG**

Unter die Investitionskosten i.S.d. des Fördermittelrechts fallen gem. § 9 Abs. 1 KHG insbesondere, also nicht abschließend, nach Nr. 1 die Kosten für die Errichtung von Krankenhäusern einschließlich der Erstausrüstung mit den für den Krankenhausbetrieb notwendigen Anlagegütern und unter Nr. 2 die Kosten für die Wiederbeschaffung von Anlagegütern mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von mehr als drei Jahren.

Förderfähig i.V.m. § 2 Nr. 2 lit. a KHG sind damit zunächst die Kosten für die Errichtung (Neubau, Umbau, Erweiterungsbau) von Krankenhäusern und der Anschaffung der zum Krankenhaus gehörenden Wirtschaftsgüter, ausgenommen der zum Verbrauch bestimmten Güter.<sup>1109</sup> Nicht zu den Investitionskosten gehören nach § 2 Nr. 2 a.E. KHG die Kosten des Grundstücks, des Grundstückserwerbs, der Grundstücksserschließung sowie ihrer Finanzierung sowie die Kosten der Telematikinfrastruktur gemäß § 291a Abs. 7 S. 4 SGB V.

Bei Anlagegütern nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 KHG handelt es sich nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 2 lit. b KHG um ein Gut des zum Krankenhaus gehörenden

---

<sup>1107</sup> Einführend *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 183.

<sup>1108</sup> S. oben Erster Teil I. B. III. 3. a)

<sup>1109</sup> Vgl. *Kamp/Nayebagha*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 9 KHG Rn. 14.



Anlagevermögens, bspw. Fahrzeuge, Geräte, Apparate, Instrumente, Bücher und Datenverarbeitungsanlagen.<sup>1110</sup> Die Vorschrift regelt ausdrücklich die Wiederbeschaffung eines Anlageguts unabhängig von der Errichtungsmaßnahme, gemeint sind die Anschaffung von Anlagegütern, somit der Ersatz i.S.e. vollkommenen Austausches und die Ergänzung, also Verbesserung eines Anlageguts.<sup>1111</sup>

Nicht zu den Investitionskosten gehören die Instandhaltungskosten, also nach § 4 Abs. 1 AbgrV solche Kosten, die der Erhaltung und Wiederherstellung von Anlagegütern dienen.<sup>1112</sup>

## **2. Investitionsgleiche Kosten, § 9 Abs. 2 KHG**

Bei den investitionsgleichen Kosten handelt es sich um solche, die im Zusammenhang mit Investitionen anfallen, welche entweder der stationären Versorgung dienen oder im Zusammenhang mit der Umstellung auf neue Aufgaben oder beim Ausscheiden aus der Krankenhausversorgung anfallen können.<sup>1113</sup>

## **3. Zweckgebundenheit der Fördermittel<sup>1114</sup>**

Die Gewährung der Fördermittel erfolgt zur Förderung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks. Bezogen auf den Krankenhaussektor sollen die Investitionen der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung zugutekommen.<sup>1115</sup> In diesem Sinne schreiben auch die bundes- und landesrechtlichen Bestimmungen eine Zweckbindung vor.<sup>1116</sup>

So lautet bspw. § 17 S. 2 Krankenhausgestaltungsgesetz Nordrhein-Westfalen: „Fördermittel dürfen nur für die in § 9 Abs. 1 und 2 KHG genannten Zwecke nach Maßgabe des Bewilligungsbescheides verwendet werden“.<sup>1117</sup>

Zu welchen Zwecken Fördermittel eingesetzt werden dürfen, regeln § 9 Abs. 1 und Abs. 2 KHG abschließend.<sup>1118</sup> Die Verwendung investiver Fördermittel außerhalb der Krankenhausversorgung ist damit nicht zulässig. Die Landesgesetze sehen teilweise die Möglichkeit von Sicherungen vor, etwa Auflagen in Förderbescheiden, dingliche Sicherungen oder die Erteilung von Bürgschaften und Patronatserklärungen.<sup>1119</sup>

---

<sup>1110</sup> Hierzu ebd., § 9 KHG Rn. 30, ferner *D. Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 29 f.

<sup>1111</sup> Ebd., § 9 KHG Rn. 29.

<sup>1112</sup> *S. D. Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn.28.

<sup>1113</sup> Hierzu ebd.

<sup>1114</sup> Zur Zweckbestimmung im Allgemeinen vgl. BeckOKVwVfG/*Abel*, § 49 Rn. 74 f.

<sup>1115</sup> *S. Quaas*, ZMGR 2004, 179, 183.

<sup>1116</sup> Bspw. § 17 S. 2 KHGG NRW, § 18 Abs 1 S. 1 BayKrG, § 23 Abs. 1 S. 1 LKHG BW, § 20 Abs. 1 HmbKHG, § 28 LKHG Hessen.

<sup>1117</sup> § 19 Abs. 3 des KHG NRW lautete noch: Fördermittel dürfen nur nach Maßgabe des Bewilligungsbescheides und im Rahmen der Aufgabenstellung des Krankenhauses nach den Feststellungen im Krankenhausplan verwendet werden.

<sup>1118</sup> Hierzu *Bertram/Klöck*, PdK NW H-10, § 17 KHGG NRW.

<sup>1119</sup> Nachweise bei *D. Prütting*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn.38.

Die zweckentsprechende Verwendung der Fördermittel ist durch Fördermittelverwendungsnachweise zu dokumentieren.<sup>1120</sup>

#### 4. Förderarten

Gem. § 11 S. 1 KHG ist die nähere Ausgestaltung der Förderung Landesrecht. Den Ländern wird in § 9 Abs. 3 KHG zwar vorgegeben, die Wiederbeschaffung kurzfristiger Anlagegüter und kleiner baulicher Maßnahmen pauschal zu fördern. Sie sind hierauf jedoch nicht beschränkt. So können auch die Erstbeschaffung oder die Kosten nicht kurzfristiger Anlagegüter oder größerer Baumaßnahmen pauschal gefördert werden.<sup>1121</sup>

Im Gegensatz dazu steht die Einzelförderung, welche dadurch gekennzeichnet ist, dass das Krankenhaus für konkrete einzelne Investitionen Förderanträge stellt und für diese nach Prüfung eine konkrete Bewilligung von Fördermitteln in bestimmter Höhe erteilt wird.<sup>1122</sup>

Bei der Pauschalförderung wird dem Krankenhausträger ein nach bestimmten Kriterien bemessener jährlicher Gesamtbetrag zur Verfügung gestellt.<sup>1123</sup> Die vom einzelnen Krankenhaus vorgesehenen Investitionen unterliegen keinem Antrags- und Prüfungsverfahren. Das Krankenhaus kann über die Pauschalmittel im Rahmen der Zweckbindung frei verfügen.<sup>1124</sup>

#### 5. Umsetzung der Förderung

Mit der Aufnahme einer Maßnahme in ein Investitionsprogramm erhält der Krankenhausträger zur Herbeiführung einer gewissen Rechts- und Planungssicherheit zwar ein Anwartschaftsrecht auf öffentliche Förderung. Diese Anwartschaft verdichtet sich zu einem subjektiv-öffentlichen Recht auf Förderung in einer bestimmten Betragshöhe aber erst mit dem Bescheid auf Bewilligung von Fördermitteln, der sog. Bewilligungsbescheid, also einen begünstigenden Verwaltungsakt, meist versehen mit Nebenbestimmungen.<sup>1125</sup>

Dieser Verwaltungsakt ist Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung und verschafft dem Empfänger der Fördermittel eine gesicherte Rechtsposition.<sup>1126</sup>

---

<sup>1120</sup> So bestimmt § 23 Abs. 1 KHG BW: „Fördermittel dürfen nur dem Förderzweck entsprechend verwendet werden. Das Krankenhaus hat für das abgelaufene Kalenderjahr einen Nachweis über die Verwendung der ihm in diesem Jahr zugewiesenen Fördermittel nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz zu erstellen und bei späteren Änderungen zu berichtigen. Der Nachweis ist dem Regierungspräsidium auf Verlangen vorzulegen. Das Ministerium kann durch Rechtsverordnung Inhalt, Gliederung und Form des Nachweises festlegen“; hierzu auch *Schmidt*, Das Krankenhaus in der Beratung, § 1 Rn. 55.

<sup>1121</sup> *Stollmann/Quass/Dietz*, PdK Bu H-10, § 11 KHG.

<sup>1122</sup> *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 96.

<sup>1123</sup> Ausführlich zu den Vor- und Nachteilen der Pauschalförderung s. *Genzel/Degener-Hencke*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 70.

<sup>1124</sup> Ausführlich *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 96.

<sup>1125</sup> Statt vieler *Ratzel/Luxenburger/Rehborn/Thomae*, Handbuch Medizinrecht, Kap. 30 Rn. 176.

<sup>1126</sup> Zur Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion von Verwaltungsakten sowie deren Wirkungen vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 35 Rn. 21 ff.

## II. Schließungsförderung

Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, ob der Fall der insolvenzbedingten Schließung des Krankenhausbetriebs den Fördertatbestand des § 9 Abs. 2 Nr. 5 KHG erfüllt, mithin der Insolvenzverwalter einen solchen Anspruch geltend machen und zur Masse einziehen kann.<sup>1127</sup>

Hintergrund der Schließungsförderung sind die sog. Marktaustrittskosten, denn der Marktaustritt eines Krankenhauses führt zwar langfristig zu Kosteneinsparungen für den Träger, kurz und mittelfristig aber zu erheblichen Kosten.<sup>1128</sup>

### 1. Grundsätze nach Landeskrankenhausgesetzen

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 5 KHG bewilligen die Länder auf Antrag des Krankenhausträgers Fördermittel zur Erleichterung der Schließung von Krankenhäusern; weiteren Vorgaben enthält sich das Gesetz. Das Nähere zur Förderung wird gem. § 11 Abs. 1 KHG durch Landesrecht bestimmt, wobei dem Gesetzgeber ein weiterer Gestaltungsspielraum zukommt.<sup>1129</sup> Die Förderung soll den Abbau überflüssiger Krankenhauskapazitäten erleichtern, insbesondere Widerstände beim Krankenhausträger abbauen.<sup>1130</sup>

Eine *Schließung eines Krankenhauses* ist die vollständige oder teilweise Aufgabe der Nutzung des Krankenhausbetriebs für die Krankenversorgung sowie das Ausscheiden eines Krankenhauses aus dem Krankenhausplan nach § 8 Abs. 1 KHG insgesamt.<sup>1131</sup> Bei der Schließung endet der Krankenhausbetrieb ohne dessen Übergang auf eine andere Art der wirtschaftlichen oder sozialen Betätigung.<sup>1132</sup>

### 2. Urteil des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg v. 11.2.2015

Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg<sup>1133</sup> war – soweit ersichtlich – die erste obergerichtliche Entscheidung zur Frage, ob im Falle einer Insolvenz ein Anspruch auf Schließungsförderung besteht. Das Gericht entschied, dass die Bewilligung von Ausgleichszahlungen nach § 8 Abs. 1 Niedersächsisches Krankenhausgesetz (*NKHG*) der Förderung des Ausscheidens

---

<sup>1127</sup> Im Krankenhausrecht besteht die wohl einmalige Situation, dass sowohl die Errichtung als auch die Einstellung von Krankenhäusern öffentlich gefördert werden, vgl. *Gerloff*, NZI 2015, 430, 432; ferner *Kamp/Nayebagha*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 9 KHG Rn. 49, welche zurecht auf den Umstand hinweisen, dass die Schließungsförderung in Zeiten starken Bettenabbaus dazu führen kann, dass ehemals mit Steuergeldern erst aufgebaute Kapazitäten nun durch Fördermittel wieder abgebaut werden. Jedoch sei dies gerechtfertigt, da eine kostengünstige und effiziente Krankenhausversorgung erreicht werden soll; Inhaltlich reicht die Gestaltungsfreiheit der Länder von einer Vollförderung bis hin zu einer strengen Härteregelung, von einer Einzelförderung bis zur Pauschalierung, vgl. *Stollmann/Quaas/Dietz*, PdK Bu H-10, § 9 KHG.

<sup>1128</sup> Vgl. *Hommel/Knecht/Wohlenberg*, Handbuch Unternehmensrestrukturierung, S. 88.

<sup>1129</sup> S. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 189.

<sup>1130</sup> Hierzu *Stollmann/Quaas/Dietz*, PdK Bu H-10, § 9 KHG.

<sup>1131</sup> *Kamp/Nayebagha*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 9 KHG Rn. 49.

<sup>1132</sup> Ebd.

<sup>1133</sup> OVG Lüneburg, Urteil v. 11.2.2015 – 13 LC 107/14 = EWIR 2015, 389, 390 (*Kaufmann*).

eines Krankenhauses aus dem Krankenhausplan und damit dem Abbau überflüssiger Krankenhauskapazitäten diene. Dieser Steuerungszweck schließe einen Anspruch eines wirtschaftlich nicht überlebensfähigen oder gar insolventen Krankenhauses auf Gewährung von Ausgleichszahlungen aus.<sup>1134</sup>

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Schuldnerin betreib in der Rechtsform der gGmbH ein Krankenhaus, welches mit zuletzt 35 Betten im Krankenhausplan des Landes Niedersachsen aufgenommen war. Im Jahr 2011 kündigte die Krankenhausgesellschaft an, den stationären Versorgungsauftrag des Landes Niedersachsen zum Jahreswechsel aufgeben und gleichzeitig hierfür Ausgleichszahlungen nach § 7 Abs. 1, 2 NKHG a.F. in Höhe von 5.282.632 Euro beantragen zu wollen. Das beklagte Niedersächsische Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung lehnte diese Forderung mit der Begründung ab, dass Ausgleichszahlungen zu bewilligen seien, soweit diese erforderlich sind, unzumutbare Härten zu vermeiden. Eine unzumutbare Härte sei aber nur dann zu bejahen, wenn die Schließung durch äußere Umstände notwendig würde, die zum Zeitpunkt der Aufnahme des Betriebes bzw. des Erwerbs des Krankenhauses nicht vorhersehbar gewesen seien, nicht aber diene in diesem Sinne eine Ausgleichszahlung dazu, die Insolvenz eines Krankenhaussträgers zu mildern oder abzuwenden. Die wirtschaftlichen Überlegungen, so das Land, seien nicht Ergebnis unvorhersehbarer höherer Gewalt, sondern Folge unternehmerischen Handelns.<sup>1135</sup>

Der Insolvenzverwalter als Kläger wiederum führte an, dass das einschlägige Landeskrankenhausesgesetz nicht nach den Umständen, welche der Schließung zugrunde liegen, differenziere und somit eine Unterscheidung nicht mit dem Wortlaut vereinbar sei.<sup>1136</sup>

Das Verwaltungsgericht Göttingen<sup>1137</sup> lehnte in erster Instanz die Klage mit der Begründung ab, dass Ziel der Schließungsförderung eine bedarfsgerechte Steuerung des Abbaus von Krankenhauskapazitäten sei und deshalb denotwendig eine planerische Behördenentscheidung voraussetze und somit in diesem Kontext eine unzumutbare Härte niemals bei Schließung aufgrund einer Insolvenz bejaht werden könne.

Die zulässige Berufung vor dem Obergerwaltungsgericht Lüneburg wurde als unbegründet zurückgewiesen. Das Gericht führte aus, dass sich bereits aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 Nr. 5 KHG ergebe, dass die Fördermittel einem bestimmten Zweck dienen; sie werden gewährt, *damit* und nicht, *weil* ein Krankenhaus schließt.<sup>1138</sup> Die Bewilligung sei demnach ein Institut der Krankenhausplanung, nicht hingegen diene es der Subventionierung jedweder Schließung eines Krankenhauses.<sup>1139</sup> Die Gewährung, auch im Falle einer Insolvenz,

---

<sup>1134</sup> Ebd.

<sup>1135</sup> Ebd.

<sup>1136</sup> Ebd.

<sup>1137</sup> VG Göttingen, Urteil v. 27.5.2014 (4. Kammer).

<sup>1138</sup> S. zur Begründung OVG Lüneburg, Urteil v. 11.2.2015 – 13 LC 107/14 = NZI 2015 (Hervorhebung durch den Verfasser), 430, 431 f.; NZS 2015, 382, 383 f.; NordÖR 2015, 186.

<sup>1139</sup> Ebd.; in diesem Sinne auch VG Arnsberg, Urteil v. 5.7.2016 – 11 K 2181/14; hierzu auch Stollmann/Hermanns, NZS 2017, 851, 858.

fehle aufgrund des Charakters als nachträgliche Reaktion jegliche steuernde Eigenschaft.<sup>1140</sup>

### **3. Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Berechtigung zur Schließungsförderung**

Im Anschluss an das Urteil des OVG Lüneburg gewann die Frage, ob im Falle der Insolvenz des Krankenhausträgers und der im Gange des Insolvenzverfahrens vorgenommenen Betriebsschließung ein Anspruch auf Schließungsförderung besteht, nochmals an Fahrt. Sie ist bis heute umstritten.

#### **a) Meinungsstand in der Literatur**

*Quaas*<sup>1141</sup> vertritt, dass der oben dargestellte Gesetzeszweck bei Vorliegen der Insolvenz eines Krankenhausträgers nicht erfüllt sei. Die Begründung liege darin, dass die Betriebseinstellung Folge der Insolvenz sei, so dass dem Träger keine unzumutbaren Lasten durch eine Förderung genommen werden könnten.<sup>1142</sup> Insbesondere zeige sich auch an den im Rahmen der Förderung berücksichtigungsfähigen Kosten, wie z.B. die Kosten für die Abwicklung von Verträgen, dass die Schließungsförderung auf die Schließung im Rahmen des Insolvenzverfahrens nicht zugeschnitten sei, weil eben diese Abwicklung nach den Regeln der Insolvenzordnung erfolge.<sup>1143</sup>

Weiterhin mangle es sowohl an einer vorausgehenden behördlichen Planungsentscheidung als auch an einer nachfolgenden freiwilligen Schließung des betroffenen Krankenhauses.<sup>1144</sup> Die Gewährung von Ausgleichszahlungen auch in diesem Fall stellte sich nicht als vorausschauende Maßnahme zum Abbau von Überkapazitäten, sondern als nachträgliche Reaktion auf einen wirtschaftlichen Fehlschlag und als schlichte Zahlung zur Erhöhung der Insolvenzmasse dar.<sup>1145</sup>

Andere Autoren wiederum kritisieren die vorgenommene Beurteilung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg als schwer nachvollziehbar und politisch motiviert, weil das betroffene Land seit Jahren keine Fördermittel in den Haushaltsplan eingestellt habe.<sup>1146</sup>

#### **b) Stellungnahme**

Dem entscheidenden Gericht ist zunächst zu widersprechen, wenn es meint, schon der Wortlaut des § 9 KHG zeige eindeutig, dass die Förderung gewährt werde, damit ein Krankenhaus schließe und nicht, weil ein Krankenhaus geschlossen werden muss. Vielmehr spricht das KHG neutral von „zur

---

<sup>1140</sup> OVG Lüneburg, Urteil v. 11.2.2015 – 13 LC 107/14.

<sup>1141</sup> *Ders.*, ZMGR 2004, 179, 184.

<sup>1142</sup> Ebd.

<sup>1143</sup> Ebd.

<sup>1144</sup> *Stollmann/Quaas/Dietz*, PdK Bu H-10, § 9 KHG.

<sup>1145</sup> *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 184.

<sup>1146</sup> So ausdrücklich *Gerloff*, NZI 2015, 430, 432; ohne Begründung die Schließungsförderung bejahend *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 35.

Erleichterung der Schließung“ und ist damit bezogen auf den Grund der Schließung neutral.<sup>1147</sup>

Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>1148</sup> heißt es zunächst in bloß knappen Worten, dass die Schließungsförderung dazu beitragen soll, nicht benötigte Betten leichter abbauen zu können.

Das zuvor dargestellte Urteil des Obergerichtes Lüneburg behandelt die Insolvenz letztlich pauschal als staatlich nicht zu fördernden „Fehl-schlag“. Diese Sichtweise greift jedoch mit Blick auf das Zusammenspiel und die Besonderheiten sowohl des Insolvenz- als auch des Krankenhausrechts zu kurz. Der Kritik vorgelagert ist hingegen ein Blick auf die zum Teil erheblich divergierende Regelung der Schließungsförderung in den Landeskrankenhaus-gesetzen zu werfen.

#### aa) *Divergierende Länderregelungen*

Die Bundesländer sehen im Rahmen ihrer Kompetenz nach § 11 KHG unterschiedliche Voraussetzungen für die Gewährung der Schließungsförderung vor.

So lautet Art. 17 Abs. 1 Bayerisches Krankenhausgesetz (*BayKrG*): „bei Schließung von Krankenhäusern oder Krankenhausabteilungen oder deren Umstellung auf andere Aufgaben werden auf Antrag pauschale Ausgleichszahlungen gewährt. Der Anspruch ist *ausgeschlossen*, soweit ein krankenhausp-lanerischer Zusammenhang mit dem Aufbau von Behandlungsplätzen oder der Neuaufnahme entsprechender Fachrichtungen an anderen Krankenhäusern besteht oder wenn *die Schließung oder Umstellung im Rahmen eines Insolvenz-verfahrens abgewickelt wird*.“

§ 24 Abs. 1 KHGG NRW lautet demgegenüber: „Krankenhäusern, die auf-grund einer Entscheidung des zuständigen Ministeriums ganz oder mindestens mit einer Abteilung aus dem Krankenhausplan ausscheiden, sind auf Antrag pauschale Ausgleichsleistungen zu bewilligen, soweit diese erforderlich sind, um die Schließung des Krankenhauses oder seine Umstellung auf andere Auf-gaben zu erleichtern.“<sup>1149</sup>

Weniger weitgehend noch § 8 Abs. 1 NKHG, welcher das Vorliegen einer be-hördlichen Entscheidung nicht explizit erwähnt: „um die Schließung von

---

<sup>1147</sup> So auch ausdrücklich *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 190.

<sup>1148</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze, BT-Drs. 9/570, S. 24.

<sup>1149</sup> Ähnlich auch § 13 Abs. 1 AG KHG S-H: scheidet ein Krankenhaus aufgrund einer Entscheidung des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Familie, Jugend und Senioren oder mit dessen Zustimmung ganz oder teilweise aus dem Krankenhausplan aus, bewilligen die Kreise und kreisfreien Städte mit Zustimmung des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Familie, Jugend und Senioren auf Antrag Fördermittel, soweit diese erforderlich sind, um bei der Umstellung des Krankenhauses auf andere Aufgaben oder im Fall der Schließung des Krankenhausbetriebes erhebliche Härten zu vermeiden; ferner § 27 Abs. 1 HmbKHG, § 16 Abs. 1 SächsKHG, § 19 Abs. 1 LKHG M-V; § 14 LKHG Berlin, § 18 Abs. 1 LKHG RP, § 37 Abs. 1 SKHG.

Krankenhäusern zu ermöglichen, sind Ausgleichszahlungen zu bewilligen, soweit diese erforderlich sind, um unzumutbare Härten zu vermeiden.“<sup>1150</sup>

Das Bundesland Bremen hingegen lässt dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 BremKHG nach ein bloßes Einvernehmen ausreichen: „Krankenhäuser, die aus Gründen des fehlenden Bedarfs im Einvernehmen mit der Senatorin für Wissenschaft, Gesundheit und Verbraucherschutz aus dem Krankenhausplan ausscheiden, können auf Antrag Ausgleichszahlungen erhalten, um die Schließung des Krankenhauses oder seine Umstellung auf andere Aufgaben zu erleichtern.“

Einige Krankenhausgesetze begnügen sich damit mit jedem Ausscheiden aus dem Krankenhausplan, die übrigen Ländern setzen dagegen voraus, dass dies auf Grund einer Entscheidung der Planungsbehörde geschehen ist. Einige Länder lassen neben der planerischen Entscheidung die bloße Zustimmung der Planungsbehörde zu der eigenständigen Schließungsentscheidung des Krankenhauses zu.

Nur das Bundesland Thüringen beschränkt sich inhaltlich auf die Wiedergabe der bundesrechtlichen Vorgaben.<sup>1151</sup>

*Kaufmann*<sup>1152</sup> stellt damit zu Recht klar, dass diese Entscheidung aufgrund des dem Landesgesetzgeber bei Ausgestaltung der bundesrechtlichen Vorgabe des § 9 Abs. 2 Nr. 5 KHG zukommenden Gestaltungsspielraums schon im Grundsatz nicht ohne weiteres für alle Bundesländer bzw. deren Landeskrankenhausgesetze übernommen werden kann. Bis auf die Regelung in Bayern steht der Schließungsförderung im Falle der Insolvenz jedenfalls der Wortlaut der einschlägigen Normen nicht entgegen. Dies gilt auch für diejenigen Bundesländer, die eine Entscheidung der zuständigen Behörde verlangen. Ebenso wie die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan wird auch das Ausscheiden als *actio contrario* durch einen Feststellungsbescheid vollzogen.<sup>1153</sup> Das Kriterium einer behördlichen Entscheidung sagt hingegen nichts über den zugrundeliegenden Umstand der Entscheidung aus; zudem braucht die Entscheidung nicht auf Initiative der Behörde zustande kommen, sondern kann auch auf Antrag des Krankenhausträgers hin vorgenommen werden.<sup>1154</sup>

Damit ist zu klären, ob sich eine Schließungsförderung auch im Falle der insolvenzbedingten Einstellung des Krankenhausbetriebes in das System der Krankenhausplanung und -finanzierung einfügen lässt.

---

<sup>1150</sup> So auch § 18 Abs. 1 BbgKHEG, § 7 Abs. 1 KHG LSA, § 21 Abs. 1 LKHG B-W, ähnlich § 26 Abs. 1 LKHG Hessen, welches darauf abstellt, ob das Krankenhaus nicht mehr für die bedarfsgerechte Versorgung erforderlich ist.

<sup>1151</sup> § 13 S. 1 Nr. 5 ThürKHG lautet: [Es werden Fördermittel bewilligt] „zur Erleichterung der Schließung von Krankenhäusern oder Krankenhausbetriebsteilen einschließlich der Umstellung auf andere soziale Aufgaben“.

<sup>1152</sup> Ders., EWIR 2015, 389, 390.

<sup>1153</sup> Zur Herausnahme aus dem Krankenhausplan vgl. *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 106 ff.

<sup>1154</sup> Vgl. *Becker/Heitzig*, PdK NW H-10, § 24 KHGG NRW.

*bb) Freiwilligkeit des Ausscheidens aus dem Krankenhausplan*

Die Ermächtigungsgrundlage für die Herausnahme eines Krankenhausplans ist strittig.<sup>1155</sup> Jedenfalls aber ist in materiell-rechtlicher Hinsicht entscheidungserheblich, ob das Krankenhaus zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung noch leistungsfähig, wirtschaftlich und bedarfsgerecht war, also die für eine Aufnahme in den Krankenhausplan entscheidenden Tatbestandsvoraussetzungen noch gegeben sind.<sup>1156</sup> Die Auswahlkriterien der Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit müssen dauerhaft bei der betroffenen Einrichtung fehlen, ein solches dauerhaftes Entfallen ist jedoch äußerst selten.<sup>1157</sup>

Die Herausnahme aus dem Bettenplan ist damit nur in sehr engen Grenzen möglich und setzt eine behördliche Entscheidung voraus, die spiegelbildlich zur Planaufnahme unter Berücksichtigung aller Krankenhäuser zu erfolgen hat.<sup>1158</sup> Um lange gerichtliche Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu vermeiden, soll die Schließungsförderung die Kooperationsbereitschaft des Krankenhauses sichern.<sup>1159</sup>

Der Krankenhausträger kann vor diesem Hintergrund den Widerrufsbescheid selbst beantragen, was zwingende Voraussetzung für die Gewährung der Schließungsförderung ist.<sup>1160</sup> Dies sagt hingegen nichts über die dem Krankenhausträger zugrundeliegende Motivationslage aus, so dass das Merkmal der Freiwilligkeit auch durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ausgeschlossen ist.

*cc) Förderung als Instrument der Krankenhausplanung*

Entscheidend gegen die Förderung, auch bei Schließung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, soll sprechen, dass die Schließungsförderung ein Instrument der Krankenhausplanung sei, welches eine behördliche Entscheidungsfindung voraussetze.<sup>1161</sup>

Richtigerweise wird hingegen die Schließungsförderung überhaupt nicht im Rahmen der behördlichen Auswahlentscheidung, welches Krankenhaus bei festgestellter Überkapazität die Merkmale der Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit im Vergleich zu den übrigen Krankenhäusern im Planungsgebiet am wenigsten erfüllt und somit aus dem Krankenhausplan ausscheiden soll, relevant. Der Förderungstatbestand ist vielmehr erst zeitlich nachfolgend von Bedeutung, indem er die Kooperationsbereitschaft der betroffenen Krankenhausträger fördern und langwierige

---

<sup>1155</sup> Eine Ansicht verweist auf § 8 Abs. 1 S. 3 KHG während andere den Widerruf des Feststellungsbescheides i.S. des § 49 VwVfG (hier vor allem Abs. 2 Nr. 3) für erforderlich halten, vgl. die Ausführungen bei *Stollmann*, NZS 2004, 351, 353 m.w.N.; ferner *Vitkas*, MedR 2010, 539.

<sup>1156</sup> *S. Stollmann*, NZS 2004, 351, 353.

<sup>1157</sup> *Szabados*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, § 8 KHG Rn. 17.

<sup>1158</sup> *So Gerloff*, NZI 2015, 430, 432; ferner *D. Prütting*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 109.

<sup>1159</sup> *So OVG Lüneburg*, Urteil v. 11.2.2015 – 13 LC 107/14; weiterführend *Stollmann/Quaas/Dietz*, PdK Bu H-10, § 9 KHG.

<sup>1160</sup> *S. Gerloff*, NZI 2015, 430, 432.

<sup>1161</sup> *So ausdrücklich OVG Lüneburg*, Urteil v. 11.2.2015 – 13 LC 107/14.



verwaltungsgerichtliche Verfahren um das Ausscheiden aus dem Krankenhausplan vermeiden soll.<sup>1162</sup>

Damit ist die Schließungsförderung kein Instrument der Krankenhausplanung i.S.e. Entscheidungskriterium, sondern vielmehr eine Möglichkeit, die Bedarfsplanung auch vor dem Hintergrund der einschneidenden wirtschaftlichen Folgen der Herausnahme aus dem Krankenhausplan<sup>1163</sup> leichter umsetzen zu können. Diese Einordnung ergibt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass auch die Vorhaltung von Überkapazitäten nicht im öffentlichen Interesse liegt, die Behörde also im Rahmen ihrer Bedarfsplanung eine Auswahlentscheidung treffen muss.<sup>1164</sup>

Damit aber läuft der Begründungsansatz der zwingenden behördlichen Entscheidung im Rahmen der Schließungsförderung leer<sup>1165</sup>, denn diese Entscheidung ist der Bedarfsplanung immanent und ist unabhängig von der Entscheidung der Schließungsförderung zu betrachten.

#### *dd) Verhältnis von Insolvenzeröffnung und Betriebseinstellung*

Die Insolvenz eines Krankenhausträgers ist nicht mit dessen zwangsweiser Betriebseinstellung verbunden.<sup>1166</sup> Vielmehr lässt sich schon aus der gesetzlichen Anordnung des § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO erkennen, dass eine vorzeitige Zerschlagung des schuldnerischen Unternehmens verhindert werden soll.<sup>1167</sup> Nur wenn absehbar ist, dass keine Sanierungsmöglichkeit besteht, ist eine *Stilllegung* des Geschäftsbetriebs schon im Eröffnungsverfahren zulässig.<sup>1168</sup> Letztlich obliegt es gem. § 157 InsO der Gläubigerversammlung im Berichtstermin<sup>1169</sup> zu entscheiden, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll.

Schon dieser kurze Blick auf die Fortführung eines Unternehmens<sup>1170</sup> zeigt, dass das Vorliegen eines Insolvenzverfahrens keineswegs zu der Annahme zwingt, dass jetzt keine Entscheidungen seitens der Beteiligten getroffen werden können und es nur noch um die Abwicklung der Haftungsmasse ginge. Das eingangs skizzierte Merkmal der Freiwilligkeit kann damit auch im Rahmen eines Insolvenzverfahrens gegeben sein.

---

<sup>1162</sup> Diesen Umstand erkennt freilich auch das OVG Lüneburg in seinem Urteil; ferner Dettling, in: Saalfrank, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts § 6 Rn. 198: „diese Förderung soll den Abbau überflüssiger Krankenhauskapazitäten erleichtern“.

<sup>1163</sup> Gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KHG ist die Aufnahme in den Krankenhausplan Voraussetzung für die Investitionsförderung.

<sup>1164</sup> Vgl. BeckOKSozialrecht/Kingreen/Bogan, § 109 SGB V Rn. 38.

<sup>1165</sup> Welcher nach diesem Begründungsansatz nicht bestehen soll, wenn das Krankenhaus insolvenzbedingt ohnehin seinen Betrieb einzustellen gesucht.

<sup>1166</sup> Auf diesen Umstand ebenso hinweisend Gerloff, NZI 2015, 430, 432.

<sup>1167</sup> Vgl. Gottwald/Uhlenbruck/Vuia, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 14 Rn. 152.

<sup>1168</sup> BeckOKInsO/Windau, § 22 Rn. 35.

<sup>1169</sup> Der ordentliche Berichtstermin i.S.d. § 156 InsO findet meist erst über zwei Monate nach Verfahrenseröffnung statt, hierzu Braun/Haffa/Leichle, InsO, § 156 Rn. 2.

<sup>1170</sup> Ausführlich bspw. zur Restrukturierung in der Insolvenz Theiselmann/de Bra, Restrukturierungsrecht, Kap. 14.

ee) *Dogmatische Einordnung der Anspruchsnorm*

Das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg<sup>1171</sup> hat ausgeführt, dass die Schließungsförderung dann zu gewähren sei, wenn die Schließung Folge der Herausnahme aus dem Krankenhausplan sei, das Krankenhaus selbst aber wirtschaftlich überlebensfähig wäre. Sei dies nicht der Fall, so das Gericht, bestehe auch kein Anlass, die aus ökonomischen Gründen ohnehin erforderliche Schließung abzufedern, denn der Krankenhausträger und seine Gläubiger sollen durch die gesetzgeberische Regelung nicht vom unternehmerischen Risiko des Betriebes freigestellt werden.

Eine solche Sichtweise beruht maßgeblich auf der Einordnung von § 8 Abs. 1 NKHG als spezielle Rechtsgrundlage zur Kompensation der Folgen eines enteignungsgleichen Eingriffs.<sup>1172</sup>

Förderung soll es damit nur bei durch die Behörde festgestelltem fehlendem Bedarf geben, nicht aber wenn sich der fehlende Bedarf in einer wirtschaftlichen Krise oder in der Insolvenz eines Krankenhauses dokumentiere.<sup>1173</sup> Dies erscheint vor den bereits dargestellten Besonderheiten des deutschen Krankenhauswesens als Wertungswiderspruch. Die wirtschaftliche Schieflage eines Krankenhausträgers ist mitnichten immer eine Folge wirtschaftlicher Fehlleistung, sondern kann jedenfalls partiell auch auf staatlicher Fehlplanung und nicht ausreichender Investitionsförderung beruhen, die eine Anpassung des Krankenhauses an die sich verändernden Marktgegebenheiten erschwert.

Worauf die Folgen der Herausnahme aus dem Krankenhausplan beruhen, ist für die tatsächlichen Folgen für den Krankenhausträger zunächst nicht von Bedeutung. Insbesondere auch unter Beachtung des oben dargestellten Umstandes, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zwangsläufig die Liquidation des Krankenhausträgers bedeutet, erscheint eine Differenzierung ausschließlich aufgrund einer behördlichen Entscheidung im Rahmen der Bedarfssplanung als nicht angezeigt, da sie die Besonderheiten des regulierten Krankenhausmarktes nicht ausreichend berücksichtigt.

c) **Zwischenergebnis**

Die vorliegende Fragestellung ist wie aufgezeigt ein Paradebeispiel für das Aufeinandertreffen von Krankenhaus- und Insolvenzrecht. Zweck der Regelung ist die Herausnahme eines nicht benötigten Krankenhauses in einer Situation ausgeprägter Marktüberkapazitäten, dieser Zweck kann aber auch in der Insolvenz erfüllt werden.<sup>1174</sup>

---

<sup>1171</sup> OVG Lüneburg, Urteil v. 11.2.2015 – 13 LC 107/14 (s.o.).

<sup>1172</sup> Ausdrücklich i.d.S. OVG Lüneburg, Urteil v. 11.2.2015 – 13 LC 107/14; zum Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs vgl. i.Ü. Maunz/Dürig/Papier, GG, Art. 34 Rn. 37 ff.

<sup>1173</sup> Zu dieser Kritik auch Gerloff, NZI 2015, 430, 433.

<sup>1174</sup> Hierzu auch Gerloff, NZI 2015, 430, 433, der dem Einwand begegnet, dass die in den Krankenhausgesetzen normierte zweckentsprechende Verwendung gefährdet sei. Die Gelder, so Gerloff, fließen über die Insolvenzquote auch den Gläubigern aus nicht bezahlten Schließungskosten zu oder werden als Masseverbindlichkeiten gem. § 55 InsO vorab befriedigt.

*Kaufmann*<sup>1175</sup> weist zurecht darauf hin, dass eine Schließungsförderung zudem auch in den Fällen möglich sein sollte, in denen der Krankenhausträger bei drohender Zahlungsunfähigkeit eine Sanierung unter Insolvenzschutz durch ein Eigenverwaltungsverfahren mit Insolvenzplan anstrebt und das Sanierungskonzept die freiwillige Aufgabe des Versorgungsauftrags und damit das Ausscheiden aus dem Krankenhausplan für einen Teil der Betten vorsehe. Dies erfordert insoweit eine enge Abstimmung mit den Planungs- und Förderbehörden.

Damit steht dem Krankenhausträger auch im Falle eines Insolvenzverfahrens und der in diesem Rahmen beantragten und bewilligten Herausnahme aus dem Krankenhausplan ein Anspruch auf Schließungsförderung zu.<sup>1176</sup> Dieser Anspruch des Krankenhausträgers auf Schließungsförderung ist eine Masseforderung und vom Insolvenzverwalter geltend zu machen.<sup>1177</sup>

### III. Anspruch auf Eigenmittelausgleich

Eine weitere Frage, die sich dem Insolvenzverwalter neben dem Anspruch auf Schließungsförderung stellt, ist ob dem Krankenhausträger ein Anspruch auf Eigenmittelausgleich nach § 9 Abs. 2 Nr. 4 KHG zusteht, welcher im Rahmen des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter zur Masse einzuziehen wäre.

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 4 KHG sind Fördermittel „als Ausgleich für die Abnutzung von Anlagegütern, soweit sie mit Eigenmitteln“<sup>1178</sup> des Krankenhausträgers beschafft worden sind und bei Beginn der Förderung nach diesem Gesetz vorhanden waren“ zu bewilligen. Näheres zu dieser sehr allgemein gehaltenen Regelung ist durch Landesrecht zu regeln.<sup>1179</sup> Das Institut des Eigenmittelausgleichs zielt nicht auf künftige Investitionen und deren zweckentsprechende Nutzung, sondern ist ein seit Jahren bestehender und zu bilanzierender, aufschiebend bedingter Anspruch des Krankenhauses, der bei Ausscheiden aus dem Krankenhausplan realisiert wird.<sup>1180</sup>

---

<sup>1175</sup> *Ders.*, EWIR 2015, 389, 390.

<sup>1176</sup> Ausnahme insoweit das Bundesland Bayern, vgl. oben Erster Teil I. C. II. 3. b) aa)

<sup>1177</sup> So wohl auch zu verstehen *Ziegler*, ZInsO 2014, 1577, 1585.

<sup>1178</sup> Im Gegensatz zu öffentlichen Mitteln als Fremdmittel, vgl. hierzu OVG Münster, Beschluss v. 06.07.2011 - 13 A 127/11; sowie zur gleichen Problematik im Insolvenzverfahren der Gesundheitszentrum Oberweser gGmbH die Entscheidung des VG Göttingen, Az. 4 A 194/13.

<sup>1179</sup> Instrukтив *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 183; So bestimmt § 26 Abs. 1 S. 1 KHGG NRW: „Werden in einem Krankenhaus bei Beginn der erstmaligen Förderung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz oder diesem Gesetz förderungsfähige Investitionen genutzt, die nachweislich mit Eigenmitteln des Krankenhausträgers beschafft wurden und deren regelmäßige Nutzungsdauer zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist, so wird dem Krankenhausträger nach Feststellung des Ausscheidens des Krankenhauses aus dem Krankenhausplan ein dem Anteil der Eigenmittel entsprechender Ausgleich für die Abnutzung während der Zeit der Förderung gewährt, sofern der Krankenhausbetrieb eingestellt ist und das Krankenhaus nicht weiterhin für Krankenhauszwecke genutzt wird“.

<sup>1180</sup> *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 184.

Hintergrund dieser Regelung ist folgender: hätte das Krankenhaus die Anlagegüter nicht durch Eigenmittel, sondern durch ein Darlehen finanziert, wären die Kosten über § 9 Abs. 2 Nr. 3 KHG gefördert worden. Da bei Anlagegütern aus Eigenmitteln dann öffentliche Mittel erspart worden wären, die bei *Fremdfinanzierung* dieser Vermögenswerte über § 9 Abs. 2 Nr. 3 KHG zu behandeln und förderfähig gewesen wären, ist es gerechtfertigt, dem Krankenhausträger einen Ausgleich zu gewähren, wenn bei Beginn der Förderung die mit Eigenmitteln beschafften Vermögenswerte im Krankenhaus noch vorhanden sind.<sup>1181</sup>

Dem geförderten Krankenhaus, dem es nach § 17 Abs. 4 Nr. 1 KHG verwehrt war, während der Nutzungszeit als Plankrankenhaus hierfür eine Refinanzierung über den Pflegesatz zu erlangen, wird also eine Finanzierung der bisher nicht erwirtschafteten Aufwendungen durch Landesmittel zugestanden.<sup>1182</sup> Aufgrund der in der Praxis schwierigen Berechnung, derer die auf einzelnen Anlagegüter entfallenden Absetzungen für Abnutzungen zugrunde liegt<sup>1183</sup>, sehen einige Länder vor, dass der Ausgleich durch pauschalisierte Beträge vorgenommen werden kann.<sup>1184</sup>

Der Anspruch des Krankenhauses auf Eigenmittelausgleich besteht auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fort und gehört zur Insolvenzmasse gem. § 35 Abs. 1 InsO und ist deshalb vom Insolvenzverwalter geltend zu machen.<sup>1185</sup>

#### **IV. Zweckgebundene staatliche Zuwendungen in der Insolvenz des Zuwendungsempfängers**

Nach der Beantwortung der Behandlung spezieller krankenhausesrechtlicher Fördertatbestände in der Insolvenz soll nun ein zunächst allgemeiner Blick auf den Umgang mit zweckgebundenen staatlichen Zuwendungen im Insolvenzverfahren des Zuwendungsempfängers geworfen werden und diese Erkenntnisse im Anschluss auf die Eigenheiten der Krankenhausförderung übertragen werden.

Das Insolvenzrecht als Gesamtvollstreckungsverfahren dient in einem einheitlichen Verfahren der Gesamtbereinigung unterschiedlichster

---

<sup>1181</sup> So ausdrücklich *Kamp/Nayebagha*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 9 KHG Rn. 46.

<sup>1182</sup> *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 185.

<sup>1183</sup> S. ebd.; hierzu auch § 5 Abs. 5 KHBV: „in Höhe der Abschreibungen auf die aus Eigenmitteln des Krankenhausträgers vor Beginn der Förderung beschafften Vermögensgegenstände des Anlagevermögens für die ein Ausgleich für die Abnutzung in der Zeit ab Beginn der Förderung verlangt werden kann, ist in der Bilanz auf der Aktivseite ein „Ausgleichsposten für Eigenmittelförderung“ zu bilden“.

<sup>1184</sup> Bspw. lautet Art. 16 Abs. 1 BayKrG: „Sind in einem Krankenhaus bei Beginn der Förderung mit Eigenmitteln beschaffte, abnutzbare und förderfähige Anlagegüter vorhanden, deren regelmäßige Nutzungsdauer zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist, so wird dem Krankenhausträger bei Ausscheiden des Krankenhauses aus dem Krankenhausplan auf Antrag eine pauschale Ausgleichszahlung gewährt. Die pauschale Ausgleichszahlung beträgt 500 € für jeden Behandlungsplatz, der im bedarfsplanerischen Zusammenhang mit der Schließung des Krankenhauses aus dem Krankenhausplan und der akuten stationären Krankenversorgung ausscheidet.“

<sup>1185</sup> So auch *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 185; ferner *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 35.

vermögensrechtlicher Ansprüche und muss deshalb auch eine Antwort finden, ob und inwieweit der Fördermittelgeber einen Rückforderungsanspruch als Insolvenzforderung verfolgen kann.<sup>1186</sup>

§ 14 HGrG definiert Zuwendungen als Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Verwaltung des Bundes oder des Landes zur Erfüllung bestimmter Zwecke. Von besonderem Interesse ist deshalb das Verhältnis der zweckgebundenen Gewährung zu den Mechanismen und Wirkungsweisen des Insolvenzverfahrens, die im Folgenden untersucht werden sollen.

## 1. Zweckverfehlung und Insolvenz

Genau wie die Befolgung eines erwünschten Verhaltens mit Zuwendungen „belohnt“ wird, werden diese dem Empfänger im Falle der Nichterreichung des Zwecks entzogen.<sup>1187</sup> Dazu können die Behörden beispielsweise die dem Förderungsverhältnis zugrundeliegenden Verwaltungsakte mit Nebenbestimmungen, wie etwa dem Widerrufsvorbehalt nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG, versehen. Eine andere Möglichkeit der Reaktion ist die Rücknahme und der Widerruf von Verwaltungsakten gem. §§ 48, 49 VwVfG. Hierbei handelt es sich um Instrumente, mit denen die Behörde Verwaltungsakte unabhängig von einem Rechtsbehelfsverfahren aufheben kann.<sup>1188</sup> Die vorliegend interessierende Möglichkeit des Widerrufs von Verwaltungsakten dient – im Gegensatz zur Rücknahme als Korrektur rechtswidriger Entscheidungen – der Anpassung eines Verwaltungsaktes an eine veränderte Sach- und Rechtslage.<sup>1189</sup>

Vor diesem Hintergrund treffen verwaltungs- und insolvenzrechtliche Problemkreise aufeinander, wenn es um die Frage geht, ob und in welchem Umfang die Insolvenz des Zuwendungsempfängers – beispielsweise einer Krankenhausesellschaft – Einfluss auf das Förderverhältnis – oder präzisierend – auf den zugrundeliegenden Bewilligungsbescheid hat.

§ 49 Abs. 2 und 3 VwVfG erlauben den Widerruf des Bewilligungsbescheids und damit die Beseitigung des Rechtsgrundes für das Behaltendürfen der Leistung.<sup>1190</sup> Insoweit bestimmt § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VwVfG, dass ein rechtmäßiger Verwaltungsakt, der auf eine einmalige oder laufende Geldleistung gerichtet ist, auch dann widerrufen werden kann, wenn die Leistung nicht oder nicht mehr für den in dem Verwaltungsakt bestimmten Zweck verwendet wird. Abs. 3 ist eine Sonderregelung gegenüber Abs. 2, schließt deren Anwendung aber nicht aus.<sup>1191</sup> Widerrufsground ist dabei nicht nur die anderweitige

---

<sup>1186</sup> Instrukтив *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145.

<sup>1187</sup> Vgl. ebd., 145, 147.

<sup>1188</sup> Vgl. *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16 Rn. 1.

<sup>1189</sup> Ebd., § 16 Rn. 2.

<sup>1190</sup> Instrukтив *Erichsen/Brügge*, JURA 1999, 496; ferner *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 839 ff.

<sup>1191</sup> *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 49 Rn. 62; zum Verhältnis der beiden Absätze vgl. auch *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 49 Rn. 107; erschöpft sich der Zweck des Verwaltungsakts allein in der Zahlung – so bei Sozialleistungen – greift allein § 49 Abs. 2 VwVfG, vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth/Korte*, Verwaltungsrecht I, § 51 Rn. 63.

Verwendung der Leistung, sondern auch eine Nichtverwendung für den festgelegten Zweck.<sup>1192</sup>

Auf die Umstände, die der zweckwidrigen oder der Nichtnutzung der Mittel zugrunde liegen, kommt es grundsätzlich nicht an, insbesondere auch nicht darauf, ob der Leistungsempfänger die Zweckverfehlung zu vertreten hat oder nicht.<sup>1193</sup>

Die 1. Fall von Nr. 1 („nicht ...verwendet“) betrifft dabei den weitestgehenden Fall der Zweckverfehlung. Erfasst sind namentlich solche Fälle, in denen eine anderweitige Verwendung durch den Empfänger erfolgt oder der Fall, dass die Leistung vor der zweckgerechten Verwendung untergegangen oder dem Empfänger abhandengekommen ist.<sup>1194</sup> Es genügt hingegen nicht, wenn die Zweckerreichung lediglich gefährdet ist oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass der Zweck verfehlt wird.<sup>1195</sup>

Bundesrechtliche Verwaltungsverfahrensvorschriften sind zwar für das Verwaltungsverfahren im Krankenhausbereich nicht anwendbar. Dies gilt auch für die Regelungen des SGB X, welches für das Sozialrecht verwaltungsverfahrenrechtliche Regelungen enthält, aber für das KHG und das jeweilige Landeskrankenhausrecht nicht gilt.<sup>1196</sup> Insoweit gelten aber die jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetze, auf die die zuvor dargestellte Grundsätze anwendbar sind.

#### **a) Landeskrankenhausrechtliche Regelungen**

Das KHG enthält keine Bestimmungen über den Widerruf von Förderbescheiden und überlässt im Rahmen von § 11 S. 1 die näheren Regelungen dem Landesgesetzgeber. Insoweit treffen sämtliche Länder Regelungen über die Rückforderung von Fördermitteln, wenn das Krankenhaus aus dem Krankenhausplan ausscheidet, da diese dann dem Förderzweck nicht mehr entsprechend genutzt werden.<sup>1197</sup> Art. 19 Abs. 3 S. 1 BayKrG etwa bestimmt in diesem Sinne: „Scheidet ein Krankenhaus vollständig oder teilweise aus dem Krankenhausplan aus, sind die Förderbescheide insoweit zu widerrufen“. <sup>1198</sup> Verschiedene Landeskrankenhausgesetze sehen aber Ausnahmen für den Fall vor, dass die Betriebseinstellung im krankenhausplanerischen Interesse liegt.<sup>1199</sup>

---

<sup>1192</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 49 Rn. 66.

<sup>1193</sup> Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 49 Rn. 99; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 49 Rn. 67 ff.

<sup>1194</sup> Hierher gehört auch die als Zweckverfehlung eingestufte Veräußerung des bezuschussten Wirtschaftsgutes in der Insolvenz des Empfängers, Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 49 Rn. 102.

<sup>1195</sup> BeckOKVwVfG/Abel, § 49 Rn. 76.

<sup>1196</sup> S. Bär, PdK H-10 Bay, Art. 19 BayKrG Rn. 2.1.3; hierzu auch KassKomm/Mutschler, SGB X § 1 Rn. 3.

<sup>1197</sup> Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 26 Rn. 202.

<sup>1198</sup> Gem. S. 2 ist vom Widerruf abzusehen, „wenn und soweit krankenhauspezifische bauliche Investitionen in Krankenhausgebäuden zu keiner Steigerung des Gebäudewertes für Nachfolgenutzungen geführt haben und auch nicht entsprechend ihrer ursprünglichen oder einer ähnlichen Zweckbestimmung weiter verwendbar sind oder umsetzbare Anlagegüter anderweitig für die Akutversorgung eingesetzt werden können“.

<sup>1199</sup> Bspw. § 28 Abs. 3 KHGG NRW („soll“-Vorschrift), Art. 19 Abs. 3 S. 3 BayKrG („soll“-Vorschrift), § 20 Abs. 3 HmbKHG („kann“-Vorschrift).

Die Fördermittel sind jedoch nicht in der ursprünglich gewährten Höhe zurückzuzahlen. Ihre zwischenzeitliche Nutzung für den Förderzweck wird anteilig berücksichtigt.<sup>1200</sup>

Weiterhin wird entsprechend der allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrenrechts die Erstattung von Fördermitteln vorgesehen, wenn die Fördermittel nicht dem Förderzweck entsprechend oder entgegen Nebenbestimmungen des Bewilligungsbescheids verwendet worden sind.<sup>1201</sup> Die meisten Landeskrankenhausgesetze erklären die Landesverwaltungsverfahrensgesetze für entsprechend anwendbar.<sup>1202</sup>

## **b) Ermessensausübung<sup>1203</sup>**

Der Widerruf eines Verwaltungsaktes steht im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde und ist dem Zweck der Ermächtigung zum Widerruf entsprechend auszuüben.<sup>1204</sup> Der Telos liegt in der Sicherung einer dem Zweck der Gewährung entsprechenden Mittelverwendung und damit der Einhaltung der haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.<sup>1205</sup> Insoweit kommt diesen Grundsätzen eine ermessenslenkende Wirkung zu; wenn also keine Verwendung der Leistung entsprechend ihrem festgelegten Zweck erfolgt, wird in der Regel ein Widerruf zu erfolgen haben.<sup>1206</sup>

Neben der schon angesprochenen Situation des Ausscheidens aus dem Krankenhausplan sehen einige Landeskrankenhausgesetze Regelbeispiele vor, in denen von einem Widerruf abgesehen werden kann oder soll, weil kein sachliches Interesse am Widerruf des Bewilligungsbescheids besteht.<sup>1207</sup>

---

<sup>1200</sup> *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 202; vgl. hierzu ferner die umfangreichen Ausführungen für das bayerischen Krankenhausrecht des VG München, Urteil v. 04.03.2015 - M 9 K 13.527.

<sup>1201</sup> Bspw. § 28 Abs. 3 S. 1 KHGG NRW: „Werden nach diesem Gesetz geförderte Investitionsmaßnahmen zu Zwecken außerhalb der stationären Krankenhausversorgung umgewidmet [...] sollen die Bewilligungen der Fördermittel im Umfang der Umwidmung oder Betriebseinstellung zurückgenommen oder widerrufen werden“; hierzu auch *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 202.

<sup>1202</sup> Bspw. § 28 Abs. 1 KHGG NRW.

<sup>1203</sup> Ausführlich *Bronnenmeyer*, Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte, S. 220 ff.

<sup>1204</sup> Ausführlich *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 49 Rn. 73.

<sup>1205</sup> Ebd.

<sup>1206</sup> S. *Fehling/Kastner/Störmer*, VwVfG, § 49 Rn. 51; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 49 Rn. 73; *BeckOKVwVfG/Abel*, § 49 Rn. 10; *Bornheimer*, FS Görg, 71, 91; ferner auch BVerwGE 105, 55, 88 = NJW 1998, 2233; insgesamt kritisch *Mann/Sennekamp/Uechtritz/Suerbaum*, VwVfG, § 49 Rn. 142: da zudem gerade bei den von § 49 Abs. 3 tatbestandlich erfassten zweckgebundenen Geld- und Sachleistungs-VAen im Hinblick auf deren primär finanziellen Regelungsgehalt der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit immer potentiell berührt ist, hätte sich eine Verengung des Ermessens etwa durch die Anordnung einer Soll-Vorschrift aufgedrängt. Davon hat der Gesetzgeber in § 49 Abs. 3 aber gerade abgesehen.

<sup>1207</sup> Vgl. § 28 Abs. 2 KHGG NRW: „von einer Rücknahme oder einem Widerruf kann insbesondere bei einem Trägerwechsel abgesehen werden, wenn nachgewiesen wird, dass 1. alle noch nicht verwendeten Fördermittel und geförderten Gegenstände des Anlagevermögens, soweit diese noch nicht abgeschrieben sind, vom bisherigen auf den neuen Krankenhaussträger übertragen worden sind und 2. der neue Krankenhaussträger durch

### c) Auswirkungen des Insolvenzverfahrens

Es gilt, dass – sollte die Zweckverfehlung nicht bereits durch die Ereignisse der Insolvenzantragsstellung oder durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens konkretisiert worden sein<sup>1208</sup> – sich das Vorliegen einer Zweckverfehlung i.S.d. § 49 Abs. 3 Nr. 1 LVwVfG nach den tatsächlichen Auswirkungen der Insolvenz auf den Förderzweck bestimmt.<sup>1209</sup>

#### aa) Zweckverfehlung mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Ob die Zweckverfehlung allein mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorliegt, ist fraglich. Hier ist zunächst zu berücksichtigen, dass § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG<sup>1210</sup> für die kommunale Krankenhaus-GmbH – und für jedes andere Unternehmen in der Rechtsform der GmbH – anordnet, dass die Gesellschaft mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst wird. Liegt ein Auflösungsgrund vor, tritt die Gesellschaft in das Liquidationsstadium.<sup>1211</sup> Schwebende Geschäfte sollen beendet, die Gläubiger befriedigt, Arbeitsverhältnisse aufgelöst, Unternehmensteile veräußert und das verbleibende Vermögen unter den Gesellschaftern aufgeteilt werden.<sup>1212</sup> Bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens tritt dieses an die Stelle des Liquidationsverfahrens; die Abwicklung erfolgt gerichtlich.<sup>1213</sup> Die Gesellschaft ist nun eine Liquidationsgesellschaft, deren Zweck es ist, das Vermögen zu verteilen.

Nichtsdestotrotz erscheint es überzeugend, die gesellschaftsrechtliche Auflösung jedenfalls dann nicht als entscheidenden Zeitpunkt anzusehen, wenn der „werbende“ Betrieb so aufrechterhalten wird, dass der geförderte Zweck weiterhin erreicht wird.<sup>1214</sup> Bezogen auf den Krankenhausbetrieb bedeutet dies die fortlaufende Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen. Hierfür spricht schon die in § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG selbst angeordnete Möglichkeit, die Gesellschaft auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzusetzen.<sup>1215</sup> Fortsetzung bedeutet die Rückverwandlung in eine werbende Gesellschaft.<sup>1216</sup>

Die Gesellschafter der insolventen Krankenhausgesellschaft können in zwei gesetzlich vorgesehenen Fällen die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, einerseits wenn das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt

---

schriftliche Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde alle Verpflichtungen und Nebenbestimmungen aus den bisherigen Bewilligungsbescheiden anerkennt“.

<sup>1208</sup> Hier ist insbesondere an den Fall zu denken, dass ein Verwaltungsakt mit einem Widerrufsvorbehalt nach § 36 VwVfG versehen wurde.

<sup>1209</sup> *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 147.

<sup>1210</sup> Weitgehend parallel zu § 60 ist die aktienrechtliche Auflösungsvorschrift in § 262 AktG ausgestaltet.

<sup>1211</sup> Statt vieler Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Nerlich, GmbHG, § 60 Rn. 4.

<sup>1212</sup> Ebd.

<sup>1213</sup> Hierzu ausführlich MüKoGmbHG/Berner, § 60 Rn. 113.

<sup>1214</sup> So auch *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 147.

<sup>1215</sup> Vgl. im Überblick *Halm/Linder*, DStR 1999, 379.

<sup>1216</sup> *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 60 Rn. 28.



wird, andererseits wenn das Verfahren nach der Bestätigung eines Insolvenzplans, welcher den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, aufgehoben wird.<sup>1217</sup>

Wenn aber die gesellschaftsrechtliche Auflösung eine Sanierung und Fortsetzung des Rechtsträgers nicht ausschließt, dann kann aus der bloßen Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht der zwingende Schluss gezogen werden, dass damit bezogen auf die Gewährung der Fördermittel für die Durchführung des Krankenhausbetriebes eine Zweckverfehlung eingetreten ist.<sup>1218</sup> § 60 GmbHG soll einen Rahmen für die Sachverhalte schaffen, die zu einem Wegfall der Gesellschaft an der Teilnahme am Rechtsverkehr und der Beendigung ihrer Existenz führen, denn aufgrund von Bestandsschutzinteressen ist eine solche Auflösung nur in einem engen und eindeutig umrissenen Rahmen zulässig.<sup>1219</sup> Dieses im Gläubigerschutz liegende einheitliche Verfahren beinhaltet hingegen gerade nicht eine zwingende Aussage über das weitere Schicksal der insolventen Gesellschaft.

Die soeben aufgezeigte Einordnung gilt erst recht für die zeitlich vorgelagerte Insolvenzantragsstellung.

#### *bb) Zweckverfehlung mit Einstellung des Krankenhausbetriebes*

Die Einstellung des Krankenhausbetriebes und damit das Ausscheiden aus dem Krankenhausplan wird regelmäßig eine Zweckverfehlung begründen.<sup>1220</sup> Dieser Fall ist auch – mit Rückausnahmen – in den Landeskrankengesetzen abgebildet.<sup>1221</sup>

Letztlich liegt diese Annahme darin begründet, dass die Einstellung des Krankenhausbetriebes dazu führt, dass die ausgezahlten Investitionsmittel nicht mehr der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen zugutekommen, sondern nur noch der Insolvenzmasse und damit den Insolvenzgläubigern, deren Forderungen (anteilig) im Wege des Verteilungsverfahrens nach den §§ 187 ff. InsO befriedigt werden.<sup>1222</sup>

In diesem Sinne ist auch § 5 Abs. 3 der Verordnung über die Rechnungs- und Buchführungspflichten von Krankenhäusern (*KHBV*) zu lesen. Die Vorschrift bestimmt, dass Fördermittel nach dem KHG für Investitionen in aktivierte Vermögensgegenstände des Anlagevermögens in der Krankenhausbilanz auf der Passivseite als 'Sonderposten aus Fördermittel nach KHG', vermindert um den Betrag der bis zum jeweiligen Bilanzstichtag angefallenen Abschreibungen, auf die mit diesen Mitteln finanzierten Vermögensgegenstände des

---

<sup>1217</sup> Rechtsfolge des Fortsetzungsbeschlusses ist die Beendigung des Auflösungsstadiums; falls keine Geschäftsführer mehr vorhanden sind, müssen neue bestellt werden. Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters, die gegenüber der Masse wirksam waren, muss die GmbH weiterhin gegen sich gelten lassen, hierzu *K. Schmidt*, in: ders./Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 7.538.

<sup>1218</sup> Ebenso *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 148.

<sup>1219</sup> S. MüKoGmbHG/Berner, § 60 Rn. 2.

<sup>1220</sup> So auch *Bornheimer*, FS Görg, 71, 90.

<sup>1221</sup> Bspw. Art. 19 Abs. 2 S. 1 BayKr.

<sup>1222</sup> Vgl. zur Verteilung der Insolvenzmasse ausführlich BeckOKInsO/Nicht, § 187 Rn. 4 ff.

Anlagevermögens auszuweisen“ sind.<sup>1223</sup> Die Fördermittel fließen nicht dem Eigenkapital zu und stellen wegen der Zweckbindung eine Forderung des fördernden Landes gegenüber dem Krankenhaus dar, welche zu passivieren sind, so dass insofern auch von latenten Rückzahlungsverbindlichkeiten des Krankenhauses gegenüber dem fördernden Land gesprochen wird.<sup>1224</sup>

Außerdem würden Fördermittel, die bei zweckentsprechender Verwendung nicht zurückgezahlt werden müssten, ohne zusätzliche buchhalterische Maßnahme einen Ertrag darstellen, welcher den Gewinn des Krankenhauses im Jahr der Zuführung erhöhen würde. Dies wird mit Hilfe des zusätzlichen Passivpostens verhindert, so dass die Fördermittel erfolgsneutral verbucht werden können.<sup>1225</sup>

#### *cc) Zweckverfehlung bei übertragender Sanierung*

Von einer übertragenden Sanierung spricht man, wenn das Unternehmen zu einem bestimmten Wert auf einen neuen Träger, etwa auf eine Auffanggesellschaft, übertragen und von den Altverbindlichkeiten entlastet wird, die beim bisherigen Unternehmensträger verbleiben.<sup>1226</sup> Der Kaufpreis für das übertragene Schuldnerunternehmen wird als Verwertungserlös an die Insolvenzgläubiger des bisherigen Unternehmensträgers quotenmäßig verteilt.<sup>1228</sup> Die übertragende Sanierung bedarf nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO der Zustimmung der Gläubigerversammlung.

Obwohl das Krankenhausunternehmen als „lebende Einheit“ erhalten bleibt, kann eine Zweckverfehlung zu bejahen sein, wenn das Krankenhaus von seinem schuldnerischen Rechtsträger getrennt wird. Dies liegt darin begründet, dass eine jedenfalls mittelbare Verknüpfung zwischen dem Wirtschaftsgut, auf das das Förderverhältnis zielt, und dem Rechtsträger besteht und der stets latent vorhandene Rückforderungsanspruch aufgrund der Zweckbindung jedem Förderrechtsverhältnis immanent ist.<sup>1229</sup> Realisiert aber der Insolvenzschuldner mit der übertragenen Sanierung den in den geförderten Wirtschaftsgütern enthaltenen Sachwert, entfällt in aller Regel der Anlass für eine Aufrechterhaltung

---

<sup>1223</sup> Hier auch *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 34; ferner *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 161; ausführlich *Bofinger/Söhnle/Thiesen*, PdK KHBV, § 5 Rn. 4.1.

<sup>1224</sup> Ebd.

<sup>1225</sup> *Schlichtermann*, Betriebswirtschaft und Management im Krankenhaus, S. 320.

<sup>1226</sup> Der Verkauf und die Übertragung der Geschäftsanteile (sog. „share deal“) kommt hingegen beim Verkauf nicht insolventer Tochtergesellschaften und im Rahmen eines Insolvenzplans in Betracht, hierzu *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz, § 1 Rn. 14.

<sup>1227</sup> *Uhlenbruck/Zipperer*, InsO, § 159 Rn. 47; ausführlich *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz, § 1 Rn. 13 ff.; *Georg/Kebeke*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, § 63; zu den Schwierigkeiten vgl. auch *Gottwald/Klopp/Kluth*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 22 Rn. 58.

<sup>1228</sup> *Uhlenbruck/Zipperer*, InsO, § 159 Rn. 47.

<sup>1229</sup> So *Bornheimer*, FS Görg, 71, 90; ferner zur Parallelsproblematik im Krankenhausplanungsrecht vgl. *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 48.

der Förderung, so dass bezogen auf den jeweils konkret Begünstigten eine Zweckverfehlung anzunehmen ist.<sup>1230</sup>

Für diesen Fall sehen einige Landeskrankenhausgesetze abweichende Regelungen vor. § 28 Abs. 2 S. 2 KHGG NRW bestimmt, dass „von einer Rücknahme oder einem Widerruf insbesondere bei einem Trägerwechsel abgesehen werden kann, wenn nachgewiesen wird, dass noch nicht verwendete Fördermittel und geförderte Gegenstände des Anlagevermögens, soweit diese noch nicht abgeschrieben sind, vom bisherigen auf den neuen Krankenhausträger übertragen worden sind und der neue Krankenhausträger durch schriftliche Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde alle Verpflichtungen und Nebenbestimmungen aus den bisherigen Bewilligungsbescheiden anerkennt“.<sup>1231</sup>

Hintergrund dieser Regelung ist, dass aus krankenhausplanerischer Sicht ein Trägerwechsel mit einem Fortbestand der Bewilligung von Fördermitteln oftmals wünschenswert ist, insbesondere wenn es um die wirtschaftliche Sicherung eines finanziell angeschlagenen, bedarfsnotwendigen Krankenhauses geht.<sup>1232</sup> Dies gilt nicht zuletzt dann, wenn durch die Rückforderung der Fördermittel dem Sanierungskonzept jegliche Aussicht auf Erfolg genommen wird und hierdurch die eigentliche Zweckverfehlung erst eintreten würde.

## **2. Auswirkung auf die weitere Krankenhausförderung**

Im Rahmen der krankenhausrechtlichen Besonderheit des Fördermittelvorgriffs stellt sich die Frage, ob trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens weitere Fördermittel entsprechend der bereits erfolgten Bewilligung in die Masse zu leisten sind (hierzu unter a.). Weiterhin problematisch erweist sich, dass die Investitionsförderung eine gewisse Nutzungsdauer der Anlagegüter voraussetzt (hierzu unter b.).

Es geht folglich um eine Situation, in der entweder die Investition bereits durchgeführt worden, aber noch nicht abschließend durch die Zahlung von Fördermitteln gefördert wurde und um eine solche, in der die Investition noch ganz oder abschließend durchzuführen ist.

### **a) Fördermittelvorgriff**

Wird der Krankenhausbetrieb eingestellt, kann der mit der Förderung verfolgte Zweck in aller Regel nicht mehr erreicht werden, so dass eine weitere Förderung ausscheidet und der begünstigende Verwaltungsakt gegenüber dem Insolvenzverwalter zu widerrufen ist.<sup>1233</sup> Dies gilt dem Grunde nach sowohl für die Einzelförderung als auch für die Pauschalförderung, welche bspw. zur Wiederbeschaffung kurzfristiger Anlagegüter sowie durch Durchführung kleinerer baulicher Maßnahmen ausbezahlt wird, vgl. § 9 Abs. 3 S. 1 KHG. Können

---

<sup>1230</sup> Bornheimer, FS Görg, 71, 90 f.; Bornheimer/Krumm, KTS 2008, 145, 148; ferner Töpfer/Butler, ZIP 2003, 1677, 1678; so wohl auch OVG Koblenz, Urteil v. 11.03.1986 - 6 A 132/84 (für die Konkursordnung).

<sup>1231</sup> Ähnlich auch Art. 20 BayKrG.

<sup>1232</sup> Hierzu Becker/Heitzig, PdK NW H-10, § 28 KHGG NRW Rn. 3.2.

<sup>1233</sup> So auch Quaa, ZMGR 2004, 179, 183.

Fördermittel nicht zweckmäßig genutzt werden, so entfällt auch ein Anspruch auf Investitionsförderung.<sup>1234</sup>

Eine Besonderheit besteht hingegen beim sog. Fördermittelvorgriff. Unter einem Vorgriff auf (Pauschal-)Fördermittel wird die Vorfinanzierung von Anschaffungen von Anlagegütern mittels Eigen- oder Fremdkapital verstanden, bevor es zu einer Förderung durch Pauschalfördermittel künftiger Geschäftsjahre kommt.<sup>1235</sup> In dieser Höhe darf kein Sonderposten aus Fördermitteln nach § 5 Abs. 3 KHBV gebildet werden, da vor dem Hintergrund des Wertbegründungsprinzips ein Rechtsanspruch des Krankenhauses auf Förderung erst den folgenden Geschäftsjahren zugeordnet werden kann.<sup>1236</sup> Da der Sonderposten nur in Höhe der tatsächlichen Fördermittel gebildet wird, kommt es in Höhe der nicht geförderten Abschreibung zu einem Verlustausweis, welcher sich durch Erträge aus Fördermittelzuweisungen späterer Geschäftsjahre wieder ausgleicht.<sup>1237</sup>

Das Krankenhaus setzt also zunächst eigene Mittel ein, die in den Folgejahren mit den pauschalen Förderbeträgen „verrechnet“ werden.<sup>1238</sup> Fraglich ist, ob von einer zweckentsprechenden Verwendung der (noch ausstehenden) Fördermittel gesprochen werden kann, wenn der Insolvenzverwalter die Pauschalmittel bspw. zur Tilgung eines in diesem Rahmen zuvor aufgenommenen Darlehens einsetzen würde.

Für eine zweckentsprechende Verwendung spricht zunächst folgendes: die Fördermittel sollen die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen sicherstellen. Mithilfe der Fördermittel werden Investitionen getätigt. Durch die Besonderheiten des Rechts der Krankenhausfinanzierung und der verschuldeten kommunalen Kassen ist der Träger gezwungen, zunächst eigene Mittel einzusetzen. Mithin handelt es sich im Kern nur um eine zeitlich nachfolgende Gewährung bereits der bedarfsgerechten Bevölkerung zugekommener Mittel. Allein der zeitlich verzögerte Ablauf, eine Besonderheit des Krankenhauswesens, sollte nicht entscheidend für das Merkmal der Zweckverfehlung sein.

Letztlich ist dieses – aus Sicht des Krankenhauses und seines Insolvenzverwalters – zu befürwortende Ergebnis aber nicht dogmatisch tragbar. Wie bereits aufgezeigt, berechtigt die Einstellung des Krankenhausbetriebes grundsätzlich zur Rückforderung von Investitionsmitteln, so dass dies auch für eine weitere Förderung gelten muss. Selbst wenn die Investitionen nicht durch eigene Mittel vorfinanziert worden, sondern vollumfänglich durch öffentliche Mittel finanziert worden wären, bestünde die Gefahr einer jedenfalls anteiligen Rückforderung.

Entscheidend ist aber, dass die Annahme einer zweckentsprechenden Verwendung und damit der weiteren Förderung letztlich nicht dem Krankenhaus diene,

---

<sup>1234</sup> Ebd.

<sup>1235</sup> *Graumann/Graumann*, Rechnungslegung und Finanzierung der Krankenhäuser, S. 278.

<sup>1236</sup> Ebd., S. 279.

<sup>1237</sup> Ebd.

<sup>1238</sup> *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 184; zur bilanziellen Verbuchung vgl.

*Graumann/Graumann*, Rechnungslegung und Finanzierung der Krankenhäuser, S. 279 (Abb. 118).

sondern der Insolvenzmasse und damit den Insolvenzgläubigern.<sup>1239</sup> Hierbei handelt es sich nicht um eine zweckentsprechende Verwendung der Mittel zur Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung.

### **b) Nutzungsdauer der Anlagegüter**

Wird das Krankenhaus zunächst im Rahmen des Insolvenzverfahrens weiterbetrieben, gilt grundsätzlich, dass auch das Förderungsziel noch erreicht werden kann. Problematisch ist hingegen, dass die Investitionsförderung für längerfristig nutzbare Anlagegüter in der Erwartung gewährt wird, dass diese auch für die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer genutzt wird.<sup>1240</sup> Dies gilt auch für die Pauschalförderung nach § 9 Abs. 3 KHG für kurzfristige Anlagegüter. Kurzfristige Anlagegüter sind solche mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von mehr als drei bis hin zu 15 Jahren.<sup>1241</sup> Die Länder können die „Kurzfristigkeit“ auch anders definieren als bis zu 15 Jahren Nutzungsdauer. Jedoch liegt ein kurzfristiges Anlagegut nicht unter der Nutzungsdauer von drei Jahren vor, § 2 Nr. 2 AbgrV.<sup>1242</sup>

Die Fortführung des insolventen Krankenhausbetreibers ist hingegen ungewiss, so dass sich die Förderbehörde darauf berufen könnte, dass ein eröffnetes Insolvenzverfahren einer weiteren Förderung entgegenstehe.<sup>1243</sup> In einer solchen Situation erweise sich als interessengerecht, dass die Behörde die *weitere* Förderung durch Änderungsbescheid<sup>1244</sup> aussetzt, bis Klarheit über den weiteren Fortgang des Verfahrens besteht.<sup>1245</sup>

## **3. Zusammenfassung**

Es hat sich gezeigt, dass das Schicksal der krankenhaushrechtlichen Investitionsförderung im Falle der Insolvenz eines geförderten Rechtsträgers maßgeblich durch die gesetzgeberische Intention im Rahmen der Krankenhausplanung geprägt ist. Damit stellt ein eröffnetes Insolvenzverfahren ein erhebliches Gefährdungspotential in Bezug auf die weitere Förderung dar, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die gewährten Investitionsmittel aufgrund des Prinzips der dualen Finanzierung und der Nichtauskömmlichkeit der Pflegesätze für den Krankenhausträger überlebenswichtig sind.

Diese Erkenntnis spielt auch für den Insolvenzverwalter im Rahmen von Sanierungsbemühungen eine gewichtige Rolle und erfordert eine möglichst pragmatische Abstimmung mit den behördlichen Entscheidungsträgern. Insbesondere, wenn ein Insolvenzverfahren zur Reorganisation und Sanierung genutzt

---

<sup>1239</sup> So Quaas, ZMGR 2004, 179, 184, welcher Klarheit nur durch eine landesgesetzliche Regelung zu erreichen gedenkt.

<sup>1240</sup> Hierzu Quaas, ZMGR 2004, 179, 184.

<sup>1241</sup> S. Kamp/Nayebagha, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 9 KHG Rn. 53.

<sup>1242</sup> Ebd.

<sup>1243</sup> Quaas, ZMGR 2004, 179, 184.

<sup>1244</sup> Als Rechtsgrundlage kommt § 49 Abs. 2 Nr. 3 LVwVfG in Betracht, auf den – neben einem Widerruf – auch ein Änderungsbescheid als milderer Mittel gestützt werden könnte. Als öffentliches Interesse ist auch das *fiskalische Interesse* an einer sparsamen Mittelverwendung anzusehen, hierzu BeckOKVwVfG/Abel, § 49 Rn. 57.

<sup>1245</sup> So ebd.; ferner auch Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1586.

werden soll, bedarf es einer sorgsam Abwägung, ob ein Rückforderungsanspruch<sup>1246</sup> einem Insolvenzplan jeder Erfolgchance berauben würde.<sup>1247</sup>

Für die skizzierte Problematik sehen jedenfalls einige Landeskrankenhausesetze eine Milderung vor, indem von dem Widerruf des Fördermittelbescheides im Falle eines Trägerwechsels unter bestimmten Voraussetzungen abgesehen werden kann.

## **V. Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Instrumente in der Insolvenz**

Will die Behörde Rückforderungsansprüche geltend machen, muss sie in aller Regel in einem ersten Schritt den Bewilligungsbescheid aufheben.<sup>1248</sup>

Es stellt sich mithin die Frage, welche verwaltungsrechtlichen Instrumente der Behörde nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Fördermittelempfängers noch offenstehen. Der Klärung vorgelagert ist eine kurze Skizzierung des allgemeinen Verhältnisses von Insolvenz- und Verwaltungsrecht.

### **1. Insolvenzrecht und Verwaltungsrecht**

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozesse sind in vielfacher Weise von der Insolvenz beteiligter Rechtsträger berührt.<sup>1249</sup> Allgemein gilt zunächst, dass die verwaltungsrechtliche Pflichtenbindung im Insolvenzverfahren unberührt bleibt, also der Verwalter die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Anforderungen an das Unternehmen zu berücksichtigen hat und keine Suspendierung einschlägiger Rechtsstandards erfolgt.<sup>1250</sup>

Weiterhin genießen vermögensrechtliche Ansprüche der öffentlichen Hand grundsätzlich keine Sonderstellung im Insolvenzverfahren und sind i.S.d. § 87 InsO nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren und damit im Rahmen des Anmelde-, Prüfungs- und Feststellungsverfahrens nach den §§ 174 ff. InsO zu verfolgen.<sup>1251</sup> Jedoch bleibt wie bereits eingangs erwähnt die ordnungsrechtliche Verantwortung auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehen, so dass sich vorrangig in den Gefahrenabwehr- und Altlastenfällen die Frage stellt, ob die öffentlich-rechtliche Verpflichtung als Masseverbindlichkeit verlangt werden kann.<sup>1252</sup>

---

<sup>1246</sup> Zur verfahrensrechtlichen Zulässigkeit sogleich.

<sup>1247</sup> Zu diesem Problem vgl. auch *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 149.

<sup>1248</sup> Zu den verschiedenen Ebenen des Bewilligungs- und des Rückforderungsbescheids vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 49a Rn. 5, 16 ff.; ferner im Überblick *Suerbaum*, VerwArch 90 (1999), 361.

<sup>1249</sup> Hierzu *K. Schmidt*, InsO, Einl. Rn. 30.

<sup>1250</sup> S. Pape/Uhlenbruck/*Voigt-Saulus*, Insolvenzrecht, § 43 Rn. 2.

<sup>1251</sup> Vgl. ausführlich die monographische Aufarbeitung bei *Weiland*, Par conditio creditorum.

<sup>1252</sup> Hierzu Pape/Uhlenbruck/*Voigt-Saulus*, Insolvenzrecht, § 43 Rn. 5; *ders.*, in: Mohrbrüter/Ringstmeier, Hd. Insolvenzverwaltung, § 32 Rn. 94 ff.; anschaulich bereits *Westpfahl*, Umweltschutz und Insolvenz, S. 63 ff.

Schwierigkeiten in verfahrensrechtlicher Hinsicht wirft die Koordination des auf die Festlegung und Durchsetzung ordnungsrechtlicher Pflichten gerichteten Verwaltungsverfahrens mit dem Insolvenzverfahren auf.<sup>1253</sup>

## **2. Zäsur des § 87 InsO<sup>1254</sup>**

§ 87 InsO regelt die Verfolgung von Insolvenzforderungen und fungiert als Generalklausel zum Zwecke der Sicherstellung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes.<sup>1255</sup> Der Insolvenzgläubiger wird damit auf die Teilnahme am Insolvenzverfahren verwiesen; ein ordentliches Klageverfahren zur Erlangung eines Titels gegen den Schuldner scheidet aus.<sup>1256</sup> Die Vorschrift des § 87 InsO gilt für die gesamte Dauer des Insolvenzverfahrens und erfasst alle Insolvenzforderungen.<sup>1257</sup>

Soweit es sich dabei um Insolvenzforderungen i. S. d. § 38 InsO handelt, ist eine Vollstreckung im Verwaltungsvollstreckungsverfahren ausgeschlossen, §§ 89 Abs. 1, 87 InsO; die Ansprüche müssen stattdessen zur Tabelle angemeldet werden, § 174 InsO.<sup>1258</sup>

## **3. Erlass von Verwaltungsakten in der Insolvenz des Fördermittelempfängers**

Es ist damit zu klären, ob die Behörde auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch ermächtigt ist, Verwaltungsakte zu erlassen oder ob hier insolvenzrechtliche Besonderheiten entgegenstehen. Mithin geht es um die Frage der Reichweite der Wirkungen des eröffneten Insolvenzverfahrens auf das laufende Verwaltungsverfahren.

### **a) Rückforderungsbescheide**

Im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei wird ein verwaltungsgerichtliches Verfahren gemäß § 173 VwGO i.V.m. § 240 S. 1 ZPO unterbrochen.<sup>1259</sup> Bezüglich des Verwaltungsverfahrens enthalten die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder keine den §§ 239 ff. ZPO entsprechende Regelung, weshalb im Verwaltungsverfahren, das erst zum Erlass eines Verwaltungsakts führt, keine automatische Unterbrechung stattfindet.<sup>1260</sup>

---

<sup>1253</sup> MüKoInsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 136.

<sup>1254</sup> Windel spricht insoweit auch von „Moratorium“, vgl. *ders.*, in: Jaeger, InsO, § 87 Rn. 1.

<sup>1255</sup> HambKomm/Kuleisa, InsO, § 87 Rn. 1; KPB/Liike, InsO, § 87 Rn. 1.

<sup>1256</sup> Vgl. hierzu auch Uhlenbruck/Mock, InsO, § 87 Rn. 1 ff; nicht von § 87 InsO erfasst sind Masseverbindlichkeiten, deren Verfolgung sich grundsätzlich nach den außerhalb des Insolvenzverfahrens geltenden Regeln richtet, vgl. KPB/Liike, InsO, § 87 Rn. 11.

<sup>1257</sup> Ebd., § 87 Rn. 3; KPB/Liike, InsO, § 87 Rn. 8.

<sup>1258</sup> MüKoInsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 141.

<sup>1259</sup> Ausführlich Beck/Depré/Kothe, Praxis der Insolvenz, § 23 Rn. 149.

<sup>1260</sup> So ausdrücklich Beck/Depré/Kothe, Praxis der Insolvenz, § 36 Rn. 131; ferner Liike, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 877.

Klarheit herrscht für das Verfahren der Festsetzung von Steuern und anderen Abgaben im Anwendungsbereich von § 251 Abs. 3 AO.<sup>1261</sup> Hiernach kann zwar die Finanzbehörde im Insolvenzverfahren erforderlichenfalls die Insolvenzforderung durch schriftlichen Verwaltungsakt *feststellen*. Dann hat der Widersprechende Klage zu erheben. Wird der Bescheid bestandskräftig, beseitigt er den Widerspruch zur Tabelle gem. § 183 Abs. 2 InsO.<sup>1262</sup> Es handelt sich mithin um einen insolvenzrechtlichen Feststellungsbescheid, in dem für den Fall des Bestreitens die Privilegierung der öffentlichen Hand im Bereich der Titulierung wiederhergestellt wird.<sup>1263</sup>

Dagegen ist der Erlass von Steuerbescheiden zur Geltendmachung von Steuerforderungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen.<sup>1264</sup> Stattdessen muss die öffentlich-rechtliche Geldforderung zur Insolvenztabelle angemeldet werden.<sup>1265</sup> Mit dem Erlass eines Abgabenbescheides nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann und darf damit keine außerinsolvenzrechtliche Bindungswirkung verbunden sein.<sup>1266</sup> Das Insolvenzrecht geht dem Selbsttitulierungsrecht der öffentlichen Hand vor.

Außerhalb von Verwaltungsverfahren, die auf die Erhebung von Geldleistungen gerichtet sind, widerspricht die automatische Unterbrechung im Falle der Insolvenz den Erfordernissen des Verwaltungshandelns und der Handlungsfähigkeit der Behörden, namentlich im Bereich der Beseitigung von Gefahrenlagen.<sup>1267</sup>

Die Situation der Rückforderung von krankenhausrechtlichen Zuwendungen ähnelt hingegen den steuerrechtlichen Sachverhalten. Im Lichte des § 87 InsO ergibt sich die Folge, dass ein krankenhausrechtliches Verwaltungsverfahren mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes abgeschlossen werden darf, soweit dieser auf die Festsetzung eines Anspruchs auf Rückforderung von Fördermitteln gerichtet ist, welcher eine Insolvenzforderung darstellen würde.<sup>1268</sup> Dies entspricht auch der insolvenzrechtlich vorgesehenen Verfahrensweise der §§ 174 ff. InsO, wonach Forderungen beim Insolvenzverwalter anzumelden sind, ohne Unterscheidung, ob der Gläubiger eine titulierte oder eine noch nicht titulierte Forderung innehat, so dass einzelne Gläubiger nicht in der Lage sind, eigenständig bindende Festlegungen zu treffen.<sup>1269</sup>

Zusammenfassend gilt, dass es nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Krankenhausträgers der zuständigen Behörde verwehrt

---

<sup>1261</sup> Instrukтив HambKomm/*Kuleisa*, InsO, § 87 Rn. 8.

<sup>1262</sup> Hierzu ebd.

<sup>1263</sup> *Gundlach/Frenzel/Schirrmeister*, DZWIR 2005, 189, 191.

<sup>1264</sup> Klein/*Werth*, AO, § 251 Rn. 26.

<sup>1265</sup> hierzu Engelhardt/*App/Schlatmann/Troidl*, VwVG VwZG, Anh. § 251 AO, Rn. 5a.

<sup>1266</sup> S. *Gundlach/Frenzel/Schirrmeister*, DZWIR 2005, 189, 190.

<sup>1267</sup> M.w.N. Beck/*Depré/Kothe*, Praxis der Insolvenz, § 36 Rn. 133; so auch *Lüke*, in: Köllner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 877.

<sup>1268</sup> Dies lässt sich mit einer Analogie zu § 240 ZPO begründen oder unmittelbar aus § 87 InsO herleiten, welcher keine Differenzierung nach der Art des Rechtserkenntnisaktes vornimmt, so *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 151; ferner *Vehslage*, NVwZ 2003, 776, 777; Engelhardt/*App/Schlatmann/Troidl*, VwVG VwZG, Anh. § 251 AO, Rn. 5a; noch zur KO vgl. BVerwG v. 12.6.2003, 3 C 21/02 = NJW 2003, 3576.

<sup>1269</sup> Hierzu auch *Gundlach/Frenzel/Schirrmeister*, DZWIR 2005, 189, 190.



ist, einen Rückforderungsbescheid gem. § 49a LVwVfG i.V.m. krankenhausrechtlichen Regelungen zu erlassen, der auf die Rückforderung von Fördermitteln gerichtet ist.<sup>1270</sup>

## b) Widerruf

Wie aufgezeigt, ist es der Behörde, verwehrt, die Förderungssumme per Rückforderungsbescheid nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückzufordern. Es verbleibt zu klären, ob jedenfalls aber der ursprüngliche Bewilligungsbescheid durch Verwaltungsakt widerrufen werden kann.

Für die Zulässigkeit könnte sprechen, dass sich ein Widerrufsbescheid nicht mit den als unzulässig erachteten Rückforderungsbescheiden vergleichen lässt, da sich erstere in ihrer Rechtswirkung auf eine bloße Gestaltung der Rechtslage durch unwirksam werden lassen des ursprünglichen Verwaltungsaktes beschränken<sup>1271</sup> und somit bereits von vornherein systematisch nicht von den §§ 87 i.V.m. 174 ff. InsO erfasst werden.<sup>1272</sup>

So entschied das Verwaltungsgericht Magdeburg<sup>1273</sup>, dass die Aufhebung eines Zuwendungsbescheides durch Widerruf zulässig sei. Dies erschließe sich – so das Gericht – schon daraus, dass anderenfalls ein gegenüber der Insolvenzmasse anzumeldender Rückzahlungs- oder Erstattungsanspruch gar nicht erst entstehen könne, denn ohne Aufhebung des Zuwendungsbescheides stelle dieser den Rechtsgrund sowohl für das Behaltendürfen bereits erbrachter Leistungen als auch für die Auszahlung etwaiger noch nicht gezahlter Zuwendungsbeträge dar.<sup>1274</sup> Mit anderen Worten geht das Gericht davon aus, dass eine Widerrufsverfügung selbst noch keinen Titel darstelle, welcher durch § 87 InsO untersagt wäre, da die Begründung einer Forderung durch Verwaltungsakt nicht zugleich schon deren Verfolgen durch Verwaltungsakt beinhalte.<sup>1275</sup>

Dagegen wenden *Bornheimer/Krumm*<sup>1276</sup> ein, dass bei einer solchen Sichtweise die Problematik entstehe, dass bei erfolgtem Widerruf und Untätigbleiben des Insolvenzverwalters bis zum Prüfungstermin der Verwaltungsakt bestandskräftig werden könne, so dass es den Insolvenzgläubigern unmöglich werde, den angemeldeten Rückforderungsanspruch *dem Grunde nach* zu bestreiten, da als Folge der materiellen Bestandskraft festgelegt werde, dass kein Bewilligungsbescheid mehr existiere, der einem Rückforderungsbescheid entgegenstünde.

Ein solch weites Verständnis der Reichweite des § 87 InsO überzeugt. Ein bedeutendes Element des Forderungsfeststellungsverfahrens ist die Möglichkeit für die Gläubiger, gem. § 179 Abs. 1 InsO eine Forderung eines anderen Gläubigers zu bestreiten.<sup>1277</sup> Mit einem Widerspruch kann die Feststellung einer

<sup>1270</sup> Allgemein zustimmend auch *Birkemeyer/Meyer*, NJW 2015, 2300, 2301.

<sup>1271</sup> Zu den Rechtsfolgen des Widerrufs vgl. Fehling/*Kasmer*/Störmer, VwVfG, § 49 Rn. 17.

<sup>1272</sup> So wohl die Rspr., die von einer Zulässigkeit ausgeht, vgl. OVG Lüneburg v. 25.6.1986, 9 A 1/84; ferner VG Aachen v. 16.11.2006, 3 K 779/04.

<sup>1273</sup> VG Magdeburg, Urteil v. 26.10.2016 – 3 A 147/16 = BeckRS 2016, 55604.

<sup>1274</sup> Ebd.

<sup>1275</sup> Hierzu s. auch *Birkemeyer/Meyer*, NJW 2015, 2300.

<sup>1276</sup> *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 152 f. (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>1277</sup> Hierzu Gottwald/*Eickmann*, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 64 Rn. 3 ff.

Forderung in der Tabelle und damit die Teilnahme des Anmelders an der Verteilung verhindert werden.<sup>1278</sup> Allerdings erweist sich das zeitliche Auseinanderfallen von insolvenzrechtlichem Prüfungstermin (§ 176 InsO) und den verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfsfristen als problematisch. Der Insolvenzverwalter muss erst im Prüfungstermin entscheiden, ob er eine angemeldete Forderung bestreitet; läuft nun die einmonatige Rechtsbehelfsfrist nach §§ 70, 74 VwGO bereits zuvor ab, so kann die insolvenzrechtliche Prüfung der angemeldeten Forderung einer Behörde durch den Eintritt der Bestandskraft des Verwaltungsaktes präjudiziert werden.<sup>1279</sup> Vor dem skizzierten Hintergrund der Bestandskräftigkeit wäre ein Bestreiten damit nicht mehr in der Hinsicht möglich, der Widerruf sei mangels Zweckverfehlung zu Unrecht erfolgt.<sup>1280</sup> Ein solches Ergebnis würde deutliche Friktionen zur Zäsurwirkung des § 87 InsO aufwerfen.

Es bleibt festzuhalten, dass es der zuständigen Behörde nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Krankenhausträgers als Fördermittelempfänger verwehrt ist, den Fördermittelbescheid mittels Verwaltungsakt auf Grundlage des § 49 LVwVfG i.v.m. landeskrankenhausrechtlichen Regelungen zu widerrufen.

### c) Forderungsanmeldung zur Tabelle

Das bisherige Ergebnis bedeutet hingegen nicht, dass es der Behörde – materiellrechtlich – verwehrt bleibt, das Ergebnis der Rückforderung, welches außerhalb des formellen Insolvenzverfahrens möglich gewesen wäre, zu erreichen, da die formelle Insolvenz keinen höheren Grad an Beständigkeit einer Entscheidung vermittelt.<sup>1281</sup> Deshalb kann die Behörde bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen den Rückforderungsanspruch – ohne vorherigen präjudizierenden Widerruf - zur Tabelle anmelden<sup>1282</sup>, so dass diese bei Ausbleiben eines Widerspruches festgestellt wird, wie er auch nach Aufhebung des Bewilligungsbescheides hätte festgestellt werden müssen.<sup>1283</sup>

Im Falle des Bestreitens seitens des Insolvenzverwalters oder seitens der Insolvenzgläubiger muss die Behörde die Feststellung der Forderung betreiben, § 179 Abs. 1 InsO.<sup>1284</sup> Anders als in Verfahren, in denen § 251 Abs. 3 AO nicht jedenfalls für entsprechend anwendbar erklärt wird<sup>1285</sup>, hat die Behörde

---

<sup>1278</sup> Zur feststellungshindernden Wirkung vgl. MüKoInsO/Schumacher, § 178 Rn. 17 ff.; ist durch den Widerspruch die Feststellung der Forderung gemäß § 178 Abs. 1 Satz 1 InsO gänzlich oder zum Teil verhindert worden, so wird die Feststellung aus dem Insolvenzverfahren hinaus verlagert. Je nachdem, wer die Initiative ergreift, ist in einem gesonderten Verfahren entweder die Feststellung der Forderung zur Tabelle zu verfolgen (Antrag des Gläubigers) oder die Feststellung, dass der Widerspruch begründet sei (Antrag des Bestreitenden), hierzu Becker, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 179 Rn. 7.

<sup>1279</sup> Zu dieser Problematik auch Beck/Depré/Kothe, Praxis der Insolvenz, § 36 Rn. 143.

<sup>1280</sup> So auch Bornheimer/Krumm, KTS 2008, 145, 153.

<sup>1281</sup> Hierzu Bornheimer/Krumm, KTS 2008, 145, 154.

<sup>1282</sup> Zum Anmeldeverfahren vgl. A/G/R-Wagner, § 174 InsO Rn. 1 ff.

<sup>1283</sup> Letztlich bestimmt sich die Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidung allein nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten, d.h. nach dem Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 49, 49 LVwVfG, Bornheimer/Krumm, KTS 2008, 145, 155.

<sup>1284</sup> Zur Verfolgung bestrittener Forderungen vgl. Gottwald/Eickmann, Insolvenzhandsbuch, § 64 Rn. 37 ff.

<sup>1285</sup> Zu diesen Ausnahmen vgl. MüKoInsO/Schumacher, § 185 Rn. 4.

keine einseitige Feststellungsbefugnis inne und muss im Falle des Widerspruchs im Wege einer verwaltungsrechtlichen Klage<sup>1286</sup> die Feststellung ihrer Forderung zur Tabelle betreiben.<sup>1287</sup> Für eine solche Sichtweise spricht auch die weitgehende Abschaffung aller staatlichen Privilegien; insbesondere die §§ 39 Abs. 1 Nr. 3, 51 Nr. 4, 185 InsO verdeutlichen die Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Forderungen und damit die weitgehende Gleichstellung mit Forderungen privater Gläubiger.<sup>1288</sup>

**d) Besonderheit des vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam gewordenen Rückforderungsbescheids als Titel i.S.v. § 179 Abs. 2 InsO**

Die bereits dargestellte Situation des Rückforderungsbescheids nach Verfahrenseröffnung ist von derjenigen zu unterscheiden, dass ein Rückforderungsbescheid bereits vor Verfahrenseröffnung wirksam geworden ist. Zu denken ist etwa an ein Rückforderungsverlangen wegen zweckwidrig eingesetzter Fördermittel. Sofern bereits ein „vollstreckbarer Titel“ vorliegt, obliegt es gem. § 179 Abs. 2 InsO dem Bestreitenden, seinen Widerspruch zu verfolgen.

Titulierte Forderungen i.S.d. § 179 Abs. 2 InsO sind solche, für die im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ein Titel vorlag, der wegen § 89 InsO nicht vollstreckungsfähig ist, insbesondere rechtskräftige und für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteile, Entscheidungen i.S.v. § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO und Vollstreckungsbefehle.<sup>1289</sup> Im Steuerrecht findet sich kein vollstreckbarer Titel im zivilprozessualen Sinne, so dass titulierte i.S.d. § 179 Abs. 2 InsO alle Steuerforderungen sind, die u.a. durch Verwaltungsakt erlassen wurden.<sup>1290</sup> Dies zeigt, dass die im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsvollstreckungsrecht anerkannte Titelfunktion des Verwaltungsaktes auch im Insolvenzverfahren Geltung beansprucht.<sup>1291</sup>

Sind bei Verfahrenseröffnung bereits Anfechtungsklagen gegen Aufhebungs- und Rückforderungsbescheide rechtshängig, tritt gem. § 173 VwGO<sup>1292</sup> i.V.m. § 240 ZPO eine Unterbrechung des Rechtsstreites ein. Unterbrochene Verwaltungsgerichtsprozesse werden gem. §§ 40 VwGO, 250 ZPO, 180 Abs. 2 InsO vor den Verwaltungsgerichten aufgenommen und fortgeführt.<sup>1293</sup>

Nicht ausdrücklich geregelt ist, wie eine öffentlich-rechtliche Forderung, gegen die ein Widerspruch eingelegt wurde bzw. ein Anfechtungsprozess anhängig ist, im Insolvenzverfahren zu behandeln ist. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO

---

<sup>1286</sup> Insoweit regelt § 185 InsO die Feststellungszuständigkeiten außerhalb des ordentlichen Rechtswegs, insbesondere die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, der Verwaltungsbehörden, der Verwaltungsgerichte, der Finanzbehörden, der Sozialbehörden, der Finanzgerichte oder der Sozialgerichte. Sinn der Regelung ist es, die besondere Sachkompetenz der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit bzw. Behörde zu nutzen, vgl. K. Schmidt/*Jungmann*, InsO, § 185 Rn. 1.

<sup>1287</sup> *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 158.

<sup>1288</sup> Hierzu m.w.N. *Birkemeyer/Meyer*, NJW 2015, 2300, 2301.

<sup>1289</sup> Einen Überblick liefernd K. Schmidt/*Jungmann*, InsO, § 179 Rn. 10.

<sup>1290</sup> Ebd. § 179 Rn. 24; so auch MüKoInsO/*Schumacher*, § 185 Rn. 12.

<sup>1291</sup> *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 158.

<sup>1292</sup> § 173 VwGO erklärt die Zivilprozessordnung für entsprechend anwendbar.

<sup>1293</sup> Uhlenbruck/*Sinz*, InsO, § 185 Rn. 6; hierzu auch Beck/*Depré/Kothe*, Praxis der Insolvenz, § 23 Rn. 145.

bestimmt, dass die Rechtsbehelfe Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben. Verallgemeinert bedeutet dies, dass sich der Verwaltungsakt nach Erhebung von Widerspruch oder Anfechtungsklage vorläufig, d.h. bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel, in einer Art Schwebezustand befindet und nicht verwirklicht werden kann.<sup>1294</sup> Abseits des Streits um die Rechtsnatur der aufschiebenden Wirkung gilt, dass der Verwaltungsakt ex tunc und damit rückwirkend für den Zeitpunkt seines Erlasses wirksam wird, wenn die aufschiebende Wirkung später wegfällt.<sup>1295</sup> Aus insolvenzrechtlicher Sicht kann auch der Gläubiger einer aufschiebend bedingten Forderung diese dem Grunde nach wie jede andere Forderung zur Insolvenztabelle anmelden.<sup>1296</sup> Für den Fall des anhängigen Anfechtungsprozesses bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Rückforderungsbescheid<sup>1297</sup> kann der Rückforderungsanspruch damit wie eine aufschiebend bedingte Forderung am weiteren Insolvenzverfahren teilnehmen.<sup>1298</sup>

Bestreitet der Insolvenzverwalter oder ein Insolvenzgläubiger die Forderung, kann die Behörde den anhängigen Anfechtungsrechtsstreit aufnehmen, §§ 180 Abs. 2, 185 S. 2 InsO, und muss sogleich den Antrag auf Feststellung zur Tabelle umstellen.<sup>1299</sup> Damit verwandelt sich das Verfahren in ein Insolvenz-Feststellungsverfahren mit dem Ziel der Beseitigung des Widerspruchs durch Feststellung der im Prüfungstermin geltend gemachten Forderung zur Tabelle.<sup>1300</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Für die Verwaltung hat der gebietende oder verbietende Verwaltungsakt die Funktion eines Vollstreckungstitels, welchen sich die Behörde „selbst“ schafft.<sup>1301</sup> Die Möglichkeit ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erheblich eingeschränkt. Bis dahin ist die Behörde berechtigt, den Rechtsgrund für das Behaltendürfen staatlicher Zuwendungen im Falle der Zweckverfehlung durch Verwaltungsakt aufzuheben.

Nach diesem Zeitpunkt, bedingt durch die insolvenzspezifische Zäsurwirkung des § 87 InsO, ist sowohl der Erlass eines Rückforderungsbescheides als auch der Widerruf des ursprünglichen Bewilligungsbescheides unzulässig.

Stattdessen kann und muss die Behörde ihre Forderung zur Tabelle<sup>1302</sup> anmelden und am Verfahren der §§ 174 ff. InsO teilnehmen und kann auch nicht – mangels einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage – im Falle des Widerspruchs eigenständig die Forderungsfeststellung betreiben, sondern ist stattdessen auf den (verwaltungsrechtlichen) Klageweg zu verweisen.

---

<sup>1294</sup> Hierzu Sodan/Ziekow/Puttler, VwGO, § 80 Rn. 34.

<sup>1295</sup> M.w.N. ebd., § 80 Rn. 35.

<sup>1296</sup> Zu den Einschränkungen s. Uhlenbruck/Knof, InsO, § 42 Rn. 7; ferner auch Braun/Bäuerle, InsO, § 42 Rn. 4.

<sup>1297</sup> Und damit zumeist auch gegen den Aufhebungsbescheid.

<sup>1298</sup> So Bornheimer/Krumm, KTS 2008, 145, 159; ferner so wohl auch zu verstehen Birke-meyer/Meyer, NJW 2015, 2300, 2303.

<sup>1299</sup> Uhlenbruck/Sinz, InsO, § 185 Rn. 22.

<sup>1300</sup> Bornheimer/Krumm, KTS 2008, 145, 159 f.

<sup>1301</sup> Schoch/Schneider/Bier/Pietzcker, VwGO, § 42 Rn. 24.

<sup>1302</sup> Allgemein zur Einordnung des Rückforderungsanspruchs als Insolvenzforderung sogleich.

Sollte bereits ein Titel i.S.d. § 179 Abs. 2 InsO vorliegen – gemeint ist der Rückforderungsbescheid, welcher vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlassen wurde, und gegen diesen durch den nunmehrigen Insolvenzschuldner bereits zuvor eine Anfechtungsklage angestrengt worden ist, tritt gem. § 173 VwGO<sup>1303</sup> i.V.m. § 240 ZPO eine Unterbrechung des Rechtsstreites ein. Die Rückforderung nimmt trotzdem wie eine aufschiebend bedingte Forderung am Insolvenzverfahren teil<sup>1304</sup>. Bestreitet der Insolvenzverwalter oder ein Insolvenzgläubiger die Forderung, kann die Behörde den anhängigen Anfechtungsrechtsstreit aufnehmen, §§ 180 Abs. 2, 185 S. 2 InsO, und muss sogleich Antrag auf Feststellung zur Tabelle umstellen.

## **VI. Der Rückforderungsanspruch als Insolvenzforderung**

Zu klären ist im Folgenden, ob die Forderung des Fördermittelgebers<sup>1305</sup> auf Rückzahlung der Fördermittel eine Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO darstellt. Zentral kommt es damit auf die Frage an, wann der Rückforderungsanspruch i.S.d. § 38 InsO begründet ist.<sup>1306</sup> Hier gilt im Grundsatz, dass der Rechtsgrund der Entstehung der Forderung vor der Verfahrenseröffnung bereits vollständig gegeben, also abgeschlossen sein musste, mithin der anspruchsbegründende Tatbestand bereits vor Verfahrenseröffnung vorlag.<sup>1307</sup>

### **1. Ausgangspunkt: Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, Urteil v. 26.2.2015 – 3 C 8.14**

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil v. 26.2.2015<sup>1308</sup> klargestellt, dass es nicht auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit eines Widerrufsbescheids ankommt, so dass die Frage, ob eine Insolvenzforderung vorliegt, unabhängig davon zu beantworten ist, ob der Widerrufsbescheid vor oder nach Insolvenzeröffnung ergangen ist.<sup>1309</sup> Insoweit lautet der Leitsatz des Urteils: „ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gem. § 49 a Abs. 1 VwVfG ist i.S.v. § 38 InsO bereits dann begründet und damit Insolvenzforderung, wenn vor

---

<sup>1303</sup> § 173 VwGO erklärt die Zivilprozessordnung für entsprechend anwendbar.

<sup>1304</sup> In einigen Bundesländern wird der aufschiebend bedingte Rückforderungsanspruch dinglich gesichert, meist erfolgt dies durch Eintragung einer Grundschuld, vgl. z.B. § 23 Abs. 10 LKHG BW. Für solche Fälle sieht § 49 InsO eine abgesonderte Befriedigung vor, d.h. an unbeweglichen Gegenständen gesicherte Gläubiger sind nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zur Befriedigung außerhalb des Insolvenzverfahrens berechtigt. Das besicherte Grundstück gehört damit zwar zur Insolvenzmasse und berechtigt nicht zur Aussonderung, aber das Land ist als Vollstreckungsgläubiger zur vorzugsweisen Befriedigung berechtigt, hierzu *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 186.

<sup>1305</sup> Mithin geht es um die Situation, dass Widerruf und Rückforderung bereits vor Verfahrenseröffnung (bestandskräftig) erfolgt sind, zu den Möglichkeiten der Behörde nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vgl. bereits zuvor Erster Teil I. C. V. 3.

<sup>1306</sup> Zu den übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 38 InsO, insbesondere der Frage, wann ein Vermögensanspruch vorliegt, vgl. ausführlich unten Erster Teil I. D. III. 2.

<sup>1307</sup> Ausführlich *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 38 Rn. 79.

<sup>1308</sup> BVerwG, Urteil v. 26.02.2015 – 3 C 8.14 = NZI 2015, 629.

<sup>1309</sup> Zum hier vertretenen Standpunkt im Rahmen der Frage, ob ein solcher Widerrufsbescheid nach Verfahrenseröffnung möglich ist, vgl. oben Erster Teil I. C. V. 3. b)

Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Widerrufsgrund der Zweckverfehlung gem. § 49 Abs. 3 S.1 Nr. 1 VwVfG gegeben ist“.

Dem zugrundeliegenden Sachverhalt nach wurde dem späteren Insolvenzschuldner eine Zuwendung i.H.v. ca. 23.000 Euro zur Errichtung einer Betriebsstätte und zur Schaffung eines Dauerarbeitsplatzes, dessen Vorhandensein in den folgenden fünf Jahren nachzuweisen war, gewährt. Der Geschäftsbetrieb wurde aber vor Ablauf der 5 Jahre im Frühjahr 2003 eingestellt und im Februar 2004 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Zur Begründung der Rückzahlung verwies die Behörde darauf, dass die Schaffung eines Dauerarbeitsplatzes nicht nachgewiesen und daher davon ausgegangen werden müsse, dass die Fördervoraussetzungen nicht erfüllt seien.

## 2. Bewertung

Im verwaltungsrechtlichen Sinne entsteht der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch nach § 49a VwVfG, wenn der zugrundeliegende Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben wird und damit der Rechtsgrund für das Behaltendürfen beseitigt wird.<sup>1310</sup> Das Besondere an öffentlich-rechtlichen Rückforderungsansprüchen ist damit zunächst, dass sie den Erlass eines Verwaltungsaktes erfordern.<sup>1311</sup> Dieser Zeitpunkt ist aber von dem insolvenzrechtlichen Zeitpunkt des Begründetseins zu unterscheiden. Insofern hat das BVerwG geklärt, dass es nicht auf die Ausübung des Ermessens ankomme.<sup>1312</sup> Dies ist jedenfalls insoweit überzeugend, als dass der Zeitpunkt für die Begründetheit der Rückforderung so nicht von der Zuwendungsstelle beeinflusst werden kann, weil er nicht von der Ausübung des Ermessens abhängt.<sup>1313</sup>

Im Urteil des BVerwG war der Rückforderungsanspruch schon vor Verfahrenseröffnung i.S.d. § 38 InsO begründet, weil das Geschäft bereits deutlich vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingestellt wurde und damit der Widerrufsgrund schon vor Verfahrenseröffnung vorlag. Anders könnten hingegen die krankenhausrechtlichen Investitionsmittel zu beurteilen sein. Wie aufgezeigt liegt in Bezug auf die hier allein interessierende Insolvenz des Krankenhausträgers eine Zweckverfehlung regelmäßig erst mit Einstellung des Krankenhausbetriebes oder mit einer übertragenden Sanierung vor. Jedenfalls aber sind damit die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Widerrufs nach § 49 Abs. 3 Nr. 1 LVwVfG i.V.m. krankenhausrechtlichen Regelungen erst *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt, so dass der Rückforderungsanspruch nach den dargestellten Grundsätzen keine Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO sein kann, weil er nicht bereits mit Verfahrenseröffnung begründet war.

Damit ist die Frage zu klären, wie in Fällen zu verfahren ist, in denen der Widerrufstatbestand erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erstmalig

---

<sup>1310</sup> Der Rückforderungsanspruch entsteht damit nicht erst durch den Erstattungsbescheid, sondern unmittelbar kraft Gesetzes, vgl. m.w.N. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 49a Rn. 9.

<sup>1311</sup> *Nebel*, NVwZ 2015, 1392, 1395 (Anm. zu BVerwG, Urteil v. 26.02.2015 – 3 C 8/14).

<sup>1312</sup> Anders noch OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2010, 494.

<sup>1313</sup> So auch *Nebel*, NVwZ 2015, 1392, 1395 (Anm. zu BVerwG, Urteil v. 26.02.2015 – 3 C 8/14).

vorliegt.<sup>1314</sup> Wenn man als entscheidungserheblichen Zeitpunkt für das Begründetsein des Rückforderungsanspruches in Zuwendungsverhältnissen bereits die Gewährung der Mittel ansähe, dann wäre die Forderung – soweit vor Verfahrenseröffnung gewährt – in jedem Falle i.S.d. § 38 InsO bereits mit Eröffnungsbeschluss begründet, ohne dass es auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage zum Widerruf ankäme. Hierfür spricht folgendes: es wurde bereits aufgezeigt, dass ein latent vorhandener Rückforderungsanspruch aufgrund der Zweckbindung jedem Förderrechtsverhältnis immanent ist.<sup>1315</sup> Der Rückforderungsanspruch ist damit jedenfalls haftungsrechtlich von Beginn an bedingt begründet.<sup>1316</sup> Dies steht auch nicht im Widerspruch mit dem allgemein anerkannten Rechtssatz, dass die Entstehung der Insolvenzforderung nicht mehr von einer Handlung des Insolvenzschuldners abhängen dürfe<sup>1317</sup>, da weder die Betriebseinstellung noch die übertragende Sanierung in der Entscheidungsgewalt des Schuldners liegen.<sup>1318</sup>

Abschließend wäre auch eine Sanierung eines vor der Insolvenz geförderten Unternehmens durch das Unterlaufen der Wirkungen der Restschuldbefreiung nach § 301 InsO und der Wirkungen des Insolvenzplans nach § 227 InsO in vielen Fällen unmöglich gemacht, ordnete man die Rückforderungsansprüche als Masse- oder Neuverbindlichkeiten ein.<sup>1319</sup>

Damit ist die Forderung des Fördermittelgebers bei Rückforderung von krankenhausrechtlichen Investitionsmitteln unabhängig von dem Zeitpunkt des Eintritts der tatbestandlichen Voraussetzungen der Widerrufsermächtigung jedenfalls nach hier dargelegtem weitem Verständnis der Begründetheit eine Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO.<sup>1320</sup>

## VII. Möglichkeit der Aufrechnung durch die Förderbehörde – Reichweite der §§ 94 ff. InsO

„Wer als Insolvenzgläubiger im Verfahren aufrechnen darf, kann den Wert seiner Insolvenzforderung voll realisieren. Damit ist er gegenüber anderen Insolvenzgläubigern privilegiert, die durch Anmeldung ihrer Insolvenzforderung nur quotale Befriedigung zu erlangen vermögen.“<sup>1321</sup>

### 1. Grundsätze

Die Aufrechnung ist in der Insolvenzordnung in den §§ 94 bis 96 geregelt, wobei die Regelungen nur die Aufrechnungsbefugnis der Insolvenzgläubiger

---

<sup>1314</sup> Zu diesem Fall hatte das BVerwG im Übrigen mangels Entscheidungserheblichkeit auch keine Stellung bezogen, die umfangreichen Ausführungen lassen aber darauf schließen, dass es nach Ansicht des Gerichtes jedenfalls nicht nur auf die Gewährung der Investitionsmittel ankommen könne.

<sup>1315</sup> s. Erster Teil I. C. IV. 1. c) cc)

<sup>1316</sup> So auch *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 150.

<sup>1317</sup> Vgl. K.Schmidt/Büteröwe, InsO, § 38 Rn. 15.

<sup>1318</sup> So auch zu verstehen *Birkemeyer/Meyer*, NJW 2015, 2300, 2302 mit einem Vergleich zu anderen Rückforderungsansprüchen.

<sup>1319</sup> So ausdrücklich ebd., 2300, 2302 f.

<sup>1320</sup> In diesem Sinne auch *Birkemeyer/Meyer*, NJW 2015, 2300, 2303; *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 185; ferner auch *Bornheimer*, FS Görg, 71, 91.

<sup>1321</sup> *Windel*, KTS 2004, 305.

betreffen.<sup>1322</sup> Im Grundsatz regelt § 94 InsO, dass die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehende Aufrechnungslage dem Insolvenzgläubiger auch im Insolvenzverfahren erhalten bleibt.<sup>1323</sup> § 96 InsO wiederum regelt in Abs. 1 insgesamt vier Situationen, in denen die Aufrechnung unzulässig ist und zwar durch eine Verschärfung der Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der *Gegenseitigkeit* i.S.d. § 387 BGB<sup>1324</sup>; die Norm ist erst von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an anwendbar.<sup>1325</sup>

Nr. 1 regelt den Fall des Entstehens der Hauptforderung, gegen die der Insolvenzgläubiger aufrechnen will, nach Eröffnung des Verfahrens. Insoweit gilt, dass der Insolvenzgläubiger der Masse etwas schuldig geworden ist, wenn er zum Schuldner der Hauptforderung der Masse geworden ist.<sup>1326</sup>

Nr. 2 erfasst den Fall, dass der Insolvenzgläubiger die Forderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens von einem anderen Gläubiger erwirbt, während Nr. 3 denjenigen in Ausnahme zu § 94 InsO als nicht schutzwürdig ansieht, der das Aufrechnungsrecht durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat.

Abschließend erfasst Nr. 4 den Fall, dass eine neu erworbene Forderung des Insolvenzschuldners zwar zur Masse gehört, der Gläubiger einer aus dem insolvenzfreien Vermögen zu erfüllenden Forderung nicht gegen die Hauptforderung der Masse aufrechnen kann, sondern sich aus dem insolvenzfreien Vermögen befriedigen muss.<sup>1327</sup>

## 2. Problematik<sup>1328</sup>

Es wurde oben aufgezeigt, dass dem Krankenhausträger im Falle der Insolvenz Ansprüche auf Schließungsförderung<sup>1329</sup> und Ansprüche auf Ausgleich der Eigenmittelförderung<sup>1330</sup> zustehen können. Diese Ansprüche hat der Insolvenzverwalter geltend zu machen, so dass sie der Insolvenzmasse in vollem Umfang zugutekommen.<sup>1331</sup>

---

<sup>1322</sup> Insoweit gilt, dass die Aufrechnung nach der Insolvenzordnung die Aufrechnung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen voraussetzt, es müssen sich also gleichartige Forderungen gegenüberstehen, die Forderung des Gläubigers muss fällig sein, während die Forderung des Schuldners wenigstens erfüllbar sein muss, vgl. ausführlich *Gogger*, Insolvenzrecht, S. 183 ff.

<sup>1323</sup> Ausführlich Uhlenbruck/*Sinz*, InsO, § 94 Rn. 1 ff.

<sup>1324</sup> Hierzu ausführlich *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 96 Rn. 3 ff.

<sup>1325</sup> S. MüKoInsO/*Brandes/Lohmann*, § 96 Rn. 2c; diese Regelungen schaffen einen Ausgleich zwischen dem Ziel einerseits, den Gläubigern die Möglichkeit der Aufrechnung nicht generell zu verbieten und dem Ziel andererseits, die Masse nicht durch umfassende Aufrechnungsmöglichkeiten massearm werden zu lassen, vgl. ferner zu den Möglichkeiten von Auf- und Verrechnungsmöglichkeiten von Sozialleistungsträgern *Altmann*, Die sozialrechtliche Auf- und Verrechnung im Insolvenzverfahren.

<sup>1326</sup> Ebd., § 96 Rn. 5.

<sup>1327</sup> Hierzu ebd., § 96 Rn. 25.

<sup>1328</sup> Zu einer ähnlichen Problematik vgl. bereits *Bunzel*, Insolvenz des Apothekers, S. 83 ff.

<sup>1329</sup> S. Erster Teil I. C. II.

<sup>1330</sup> S. Erster Teil I. C. III.

<sup>1331</sup> Hierzu *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 35.



In einer solchen Konstellation wird die jeweilige Förderbehörde<sup>1332</sup> versucht sein, die sich gegenüberstehenden Ansprüche des insolventen Krankenhauses mit der Forderung des fördernden Landes auf Rückerstattung der noch vorhandenen, noch nicht abgeschrieben Fördermittel<sup>1333</sup> aufzurechnen und sich so zugleich von der Leistungspflicht an die Insolvenzmasse zu befreien. Eins solches Vorgehen birgt den weiteren Vorteil, nicht an einem förmlichen Verteilungsverfahren teilnehmen zu müssen. Durch die Aufrechnung könnte also die Förderbehörde ihre Forderung gegenüber dem insolventen Krankenhausträger durchsetzen und wäre nicht auf eine quotale Befriedigung verwiesen; den übrigen Insolvenzgläubigern stünde dann eine entsprechend geringere Insolvenzmasse zur Verfügung.<sup>1334</sup>

Die Zulässigkeit einer solchen Möglichkeit ist im Lichte der insolvenzrechtlichen Regelung der Aufrechnungsbefugnisse der §§ 94 ff. InsO zu untersuchen.<sup>1335</sup>

### 3. Landesregelungen

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass verschiedene Landeskrankenhausesetze Bestimmungen hinsichtlich der Aufrechnungsbefugnis der Förderbehörde vorsehen.

Beispielsweise bestimmt Art. 19 Abs. 5 BayKrG: „Erstattungsforderungen können mit Förderleistungen auf Grund des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und nach diesem Gesetz sowie mit Leistungen nach dem Finanzausgleichsgesetz verrechnet werden“. Ebenso bestimmt § 19 Abs. 5 SächsKHG: „Rückzahlungsforderungen können mit Förderleistungen auf Grund des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und dieses Gesetzes sowie mit Leistungen nach dem Finanzausgleichsgesetz verrechnet werden“.

Das in § 52 SGB I normierte Rechtsinstitut der Verrechnung beruht auf der Erwägung, dass im Sozialrecht angesichts derselben oder ähnlichen Zielsetzung aller Sozialleistungen auf die Gegenseitigkeit der aufgerechneten Forderungen verzichtet werden kann, so dass der für eine Geldleistung zuständige Leistungsträger mit Ermächtigung eines anderen Leistungsträgers dessen Ansprüche gegen den Berechtigten mit der ihm obliegenden Geldleistung verrechnen kann, soweit die Aufrechnung zulässig ist.<sup>1336</sup>

---

<sup>1332</sup> In Bayern bspw. das Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familien und Frauen, vgl. Knorr, KH 2007, 743.

<sup>1333</sup> Zur (eingeschränkten Möglichkeit der) Rückforderung von Fördermitteln im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens s. bereits Erster Teil I. C. IV.

<sup>1334</sup> Zur Interessenlage vgl. auch Altmann, Die sozialrechtliche Auf- und Verrechnung im Insolvenzverfahren, S. 122 ff.

<sup>1335</sup> Zu beachten ist, dass § 51 SGB I im Grundsatz bestimmt, dass der zuständige Leistungsträger mit Ansprüchen gegen den Berechtigten aufrechnen kann. Hingegen handelt es sich bei der krankenhaushausrechtlichen Investitionsförderung nicht um Sozialleistungen, da diese nicht nach den Vorschriften des SGB gewährt werden, vgl. auch die Legaldefinition in § 11 S. 1 SGB I, hierzu ausführlich KasKomm-Sozialversicherungsrecht/Seewald, § 11 SGB I Rn. 1 ff.; ferner zur Aufrechnung im Verhältnis Krankenhaus-Krankenkassen LSG Bayern, Urteil v. 14.07.2015 - L 5 KR 284/13.

<sup>1336</sup> Ausführlich Altmann, Die sozialrechtliche Auf- und Verrechnung im Insolvenzverfahren, S. 205; ferner Mrozynski, SGB I, § 52 Rn. 1 ff.

Grundsätzlich sind die §§ 94 ff. InsO auch auf die Verrechnung anwendbar, da die sozialrechtliche Verrechnung vom Aufrechnungsbegriff der InsO erfasst wird.<sup>1337</sup> Die Zulässigkeit der sozialversicherungsrechtlichen Verrechnung im Insolvenzverfahren hingegen wird insbesondere mit Blick auf die Behandlung von Konzernverrechnungsklauseln in Zweifel gezogen.<sup>1338</sup>

Es bedarf zu dieser Problematik jedoch keiner Stellungnahme, wenn bereits die landesrechtlichen Vorschriften im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Krankenhausträgers von vornherein keine Anwendung finden. Zudem ist zu beachten, dass die Förderbehörde von vornherein zumeist mit ihrem originär eigenen Rückzahlungsanspruch *aufrechnen* wird; diese Aufrechnung wäre unzweifelhaft im Lichte der §§ 94 ff. InsO zu beurteilen.

#### **4. Behandlung der landesrechtlichen Verrechnungsmöglichkeiten in der Insolvenz**

Somit ist nun zu klären, ob die eingangs dargestellten Möglichkeiten der Förderbehörde zur Verrechnung von Rückzahlungsforderungen in Konflikt mit dem Regelungsregime der §§ 94 ff. InsO geraten. In Betracht kommt ein Ausschluss der Auf- bzw. Verrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

##### **a) Regelungszweck des § 96 InsO**

§ 96 InsO soll im Kern verhindern<sup>1339</sup>, dass mit Forderungen aufgerechnet wird, die im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht durch eine Forderung<sup>1340</sup> [des Krankenhauses] gesichert sind, denn durch eine solche Aufrechnung würde die der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger dienende Masse verkürzt.<sup>1341</sup> Während es nach § 387 BGB genügt, dass die Gegenseitigkeit im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung gegeben ist, verlegt § 96 Abs. 1 InsO diesen Zeitpunkt vor, um insbesondere den nach Eröffnung „künstlich“ hergestellten Aufrechnungsmöglichkeiten entgegenzuwirken.<sup>1342</sup> Im Sinne der Gläubigergleichbehandlung sollen sich einzelne Gläubiger nicht zum

---

<sup>1337</sup> Dem steht nicht entgegen, dass die InsO in § 94 nur von Aufrechnung spricht, in § 96 Abs. 2 S. 1 hingegen den Begriff der „Verrechnung“ verwendet, hierzu Gottwald/Adolphsen, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 45 Rn. 10 („analoge Anwendung“); Braun/Kroth, InsO, § 94 Rn. 9.

<sup>1338</sup> Hierzu ausführlich m.w.N. K.Schmidt/Thole, InsO, § 94 Rn. 15 („die stärkere Verflochtenheit der Sozialversicherungsträger taugt als Argument kaum; bei Konzernen wird ebenfalls nicht nach dem Grad der Integration unterschieden“); FK-InsO/Bernsau, § 96 Rn. 12; ferner vgl. auch Windel, KTS 2004, 305, 316; a.A. mit ausführlicher Begründung Altmann, Die sozialrechtliche Auf- und Verrechnung im Insolvenzverfahren, S. 219 ff. („eine Unzulässigkeit kann sich hingegen aus den Tatbeständen des § 96 Abs. 1 InsO ergeben“).

<sup>1339</sup> Vorrangig durch Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4.

<sup>1340</sup> Gemeint ist die Hauptforderung im aufrechnungstechnischen Sinne, also die Forderung, gegen die der Insolvenzgläubiger aufrechnen will.

<sup>1341</sup> MüKoInsO/Brandes/Lohmann, § 96 Rn. 1.

<sup>1342</sup> Hierzu K. Schmidt/Thole, InsO, § 96 Rn. 1; zum Verhältnis zu der Regelung des § 95 Abs. 1 InsO vgl. Windel, in: Jaeger, InsO, § 96 Rn. 8.

Schuldner der Masse machen können, um dann ihre Forderung durch Aufrechnung voll realisieren zu können.<sup>1343</sup>

Es wird damit nicht in die materielle Rechtslage eingegriffen, sondern – verfahrensrechtlich – die Ausübung des Aufrechnungsrechts für die Dauer des Insolvenzverfahrens untersagt.<sup>1344</sup>

## **b) Vorliegen von § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO**

Hauptanwendungsfälle des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind die vom Verwalter begründeten Ansprüche sowie Ansprüche aus der Insolvenzanfechtung.<sup>1345</sup> Das Insolvenzrecht differenziert in § 96 InsO seinen eindeutigen Wortlaut nicht danach, ob sich eine Aufrechnungsbefugnis aus einem privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis ergibt.<sup>1346</sup>

Fraglich ist, wann die Schuldnerstellung der Förderbehörde bezogen sowohl auf die Ansprüche des Krankenhauses auf Schließungsförderung und auf Eigenmittelausgleich entstanden, die Behörde als etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist. Entstanden in diesem Sinn ist eine Forderung dann, wenn und sobald ihr gesicherter Rechtsgrund gelegt, der Anspruch insolvenzrechtlich begründet ist.<sup>1347</sup>

### *aa) Schließungsförderung*

Wie bereits aufgezeigt, setzt der Anspruch auf Schließungsförderung nach § 9 Abs. 2 KHG i.V.m. landeskrankenhausrechtlichen Regelungen einen Antrag des betroffenen Krankenhausträgers voraus, der erst *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt werden wird. Die Behörde wird mithin auch regelmäßig erst nach Eröffnung im Hinblick auf den Anspruch des Krankenhausträgers auf Schließungsförderung etwas zur Masse schuldig werden. Damit steht einer Aufrechnung das Verbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO entgegen.<sup>1348</sup>

### *bb) Eigenmittelausgleich – Besonderheit bei aufschiebend bedingten Ansprüchen*

Bei dem Instrument des Eigenmittelausgleichs wiederum handelt es sich um einen seit Jahren bestehenden und zu bilanzierenden, und auf den Zeitpunkt

---

<sup>1343</sup> Es ließe sich auch von einer Aufwertung der Forderung sprechen, vgl. Uhlenbruck/Sinz, InsO, § 96 Rn. 4.

<sup>1344</sup> Hierzu auch Altmann, Die sozialrechtliche Auf- und Verrechnung im Insolvenzverfahren, S. 149.

<sup>1345</sup> weiterführend MüKoInsO/Brandes/Lohmann, § 96 Rn. 6.

<sup>1346</sup> Vgl. FK-InsO/Bernsau, § 98 Rn. 8; ferner zu dieser Erkenntnis im Zusammenhang mit dem Steuerrecht auch Hüttner, Aufrechnung des Finanzamtes mit Steueransprüchen in der Insolvenz, S. 26.

<sup>1347</sup> Hierzu m.w.N. Braun/Kroth, InsO, § 98 Rn. 8.

<sup>1348</sup> Nicht etwa steht dieser Sichtweise der § 95 InsO entgegen, welcher das Schicksal bedingter Forderungen regelt, da zwar die Gegenforderung der Behörde bedingt, hingegen die Hauptforderung des Krankenhausträgers noch gar nicht entstanden ist, so dass eine Einschränkung der Aufrechnungsverbote nicht in Frage kommt, da sich das „Schuldigwerden“ vorliegend auf eine nicht bedingte, noch nicht entstandene Forderung bezieht; zu den verschiedenen Fallkonstellationen innerhalb von § 95 InsO vgl. KPB/Lüke, InsO, § 95 Rn. 9 ff.

des Ausscheidens aus dem Krankenhausplan aufschiebend bedingten Anspruch des Krankenhauses. Aufschiebend bedingt ist eine Forderung, die bereits entstanden ist, deren Rechtswirkungen aber von einem künftigen, ungewissen Ereignis abhängen.<sup>1349</sup> Der Rückforderungsanspruch ist nach dargestelltem Verständnis ebenfalls ein aufschiebend bedingter Anspruch auf den Zeitpunkt des Widerrufs des Bewilligungsbescheids. Wie bereits aufgezeigt, ist ein solcher Widerruf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zulässig, so dass die Entscheidung der Behörde auf andere Weise nach außen dokumentiert werden muss, bspw. lässt sich regelmäßig in der Anmeldung des Rückforderungsanspruchs zur Tabelle ein solcher Erklärungswert beimesen.<sup>1350</sup> Mithin ist die Behörde zunächst gehalten, die Forderung zur Tabelle anzumelden und dann in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sie mit dieser Forderung aufrechnen kann.

Für diese Konstellation bestimmt § 95 Abs. 1 InsO als *lex specialis* zu § 96 Abs. 1 InsO<sup>1351</sup>, dass die Aufrechnung (erst) erfolgen kann, wenn ihre Voraussetzungen eingetreten sind, also beispielsweise die Forderung fällig wird. Der Insolvenzgläubiger – die Behörde – kann bis dahin weder mit einer aufschiebend bedingten Forderung noch gegen eine aufschiebend bedingte Forderung der Masse aufrechnen.<sup>1352</sup>

Nach § 95 Abs. 1 S. 3 InsO ist die Aufrechnung dann gesperrt, wenn die Hauptforderung der Masse vor der Gegenforderung des Insolvenzgläubigers unbedingt und fällig wird. Der Insolvenzgläubiger darf dann die Zahlung zur Masse nicht verweigern und ist darauf verwiesen, seine Forderung zur Tabelle anzumelden.<sup>1353</sup> Dies liegt darin begründet, dass der Insolvenzgläubiger in diesem Falle kein schutzwürdiges Vertrauen genießt, denn er musste schon vor Insolvenzeröffnung damit rechnen, seine Verbindlichkeit voll erbringen zu müssen, bevor seine Forderung durchsetzbar wird.<sup>1354</sup> Die Hauptforderung der Masse, der Eigenmittelausgleich, entsteht mit Ausscheiden aus dem Krankenhausplan unbedingt. Der Rückforderungsanspruch der Behörde setzt verwaltungsrechtlich jedenfalls einen Widerruf voraus, deren Voraussetzungen nicht bereits mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern regelmäßig erst mit Einstellung des Krankenhausbetriebes vorliegen.

Es kommt also entscheidend darauf an, ob in zeitlicher Abfolge zunächst das Ausscheiden aus dem Krankenhausplan oder zunächst vorgelagert der Widerruf des Bewilligungsbescheids erfolgt. Wird also wie im letzteren Falle die Forderung der Masse – der Anspruch auf Eigenmittelausgleich – vor der Insolvenzforderung – der Anspruch auf Rückzahlung von Investitionsmitteln – unbedingt und fällig, kann sie also früher durchgesetzt werden, so versagt die Aufrechnung.

Sollte hingegen der Rückforderungsanspruch bereits vorher unbedingt werden, kann die Behörde hiermit gegen den Anspruch auf Eigenmittelausgleich

---

<sup>1349</sup> Statt vieler FK-InsO/Bernsau, § 95 Rn. 5.

<sup>1350</sup> So auch Bornheimer/Krumm, KTS 2008, 145, 155.

<sup>1351</sup> Dies bedeutet positiv formuliert eine Erweiterung des § 94 InsO und negativ eine Einschränkung der Aufrechnungsverbote des § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO, vgl. hierzu Winkel, in: Jaeger, InsO, § 96 Rn. 8.

<sup>1352</sup> Hierzu MüKoInsO/Brandes/Lohmann, § 95 Rn. 9.

<sup>1353</sup> FK-InsO/Bernsau, § 95 Rn. 7.

<sup>1354</sup> KPB/Lüke, InsO, § 95 Rn. 5.

aufrechnen, sobald dieser – mit Ausscheiden des Krankenhauses aus dem Krankenhausplan – unbedingt fällig wird. Ein Aufrechnungsverbot i.S.d. § 96 Abs. 1 InsO steht insoweit nicht entgegen, da § 95 InsO hier als *lex specialis* Vorrang beansprucht.

### c) Umgehung durch landesrechtliche Vorschriften

Fraglich bleibt, ob die Aufrechnungsverbote der §§ 95 Abs. 1 S. 3, 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO durch die bereits dargestellten landesrechtlichen Vorschriften umgangen werden können.

Es ließe sich anführen, dass die Möglichkeit, die in den Landesgesetzen vorgesehen ist, hinter der bundesrechtlichen Regelung der InsO zurückzustehen hat, da sie im Verhältnis nachrangig ist.<sup>1355</sup> Hieran ist zunächst sicher richtig, dass nach dem Grundsatz *lex superior derogat legi inferiori* im allgemeinen Stufenbau der Rechtsordnung die höherrangige Rechtsquelle der rangniedrigeren Regelung vorgeht.<sup>1356</sup> Dies setzt wiederum zunächst eine Normenkollision voraus, mithin einen Fall, indem auf einen Sachverhalt zwei oder mehrere Normen anzuwenden sind, die miteinander nicht verträglich sind, weil sie entweder wechselseitig ausschließende oder sonst widersprechende Regelungen beinhalten.<sup>1357</sup> Hingegen ist stets zunächst zu prüfen, ob durch Auslegung schon eine Normenkollision ausgeschlossen werden kann.<sup>1358</sup> Insoweit liegt es nahe, dass die landesrechtlichen Regelungen lediglich eine spezielle Ermächtigungsnorm für die Verrechnungsmöglichkeiten der Behörde darstellen, welche aber keinen Regelungsgehalt hinsichtlich etwaiger Befugnisse in Situationen der Insolvenz eines Leistungsempfängers beinhalten. Jedenfalls aber können die landesrechtlichen Regelungen nicht mehr Befugnisse hinsichtlich der eigentlichen Möglichkeit der Auf- und Verrechnung von Forderungen schaffen, als die bundesrechtlichen Regelungen der §§ 387 ff. BGB, deren Wirkungen sich im Falle des eröffneten Insolvenzverfahrens nach den §§ 94 ff. InsO richten.

Die im Bundesrecht wurzelnde Unzulässigkeit der Aufrechnung geht deshalb in jedem Falle der landesrechtlich vorgesehenen Möglichkeit der Verrechnung vor.

## 5. Ergebnis

Die Möglichkeit der Aufrechnung stellt für den Insolvenzgläubiger eine nicht zu unterschätzende Möglichkeit dar, seine Forderungen gegen den Insolvenzschuldner doch noch zu realisieren und diese nicht im Forderungs- und Feststellungsverfahren geltend machen zu müssen. Die Zulässigkeit der Aufrechnung richtet sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach den §§ 94 ff. InsO.

Die landesrechtlichen Regelungen in den Krankenhausgesetzen, welche die Möglichkeit der Verrechnung von Rückforderungen betreffen, entfalten im

---

<sup>1355</sup> So Wernick, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 35; Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1586.

<sup>1356</sup> Ausführlich statt vieler Barczak, JuS 2015, 969.

<sup>1357</sup> Hierzu eingehend Röhl/Röhl, Allg. Rechtslehre, § 75.

<sup>1358</sup> S. Barczak, JuS 2015, 969, 974.

Insolvenzverfahren keine Rechtswirkungen, die die Unzulässigkeit einer Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 InsO zu beeinflussen mögen.

Insbesondere bei der Aufrechnung durch die Behörde gegen die Forderung des Krankenhausträgers auf Eigenmittelausgleich ist im Lichte des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO zu beachten, welche der Forderungen zuerst unbedingt entsteht.

### **VIII. Rückforderung der Investitionskostenmittel aus der „Vorprivatisierungszeit“**

Bei privatisierten kommunalen Krankenhausunternehmen besteht die Besonderheit, dass bereits vor Überführung des Eigen- oder Regiebetriebes auf die (kommunale) Kapitalgesellschaft in aller Regel eine Förderung des Krankenhausbetriebes stattgefunden hat.<sup>1359</sup>

Da Personengesellschaften als Rechtsform für die Privatisierung von Krankenhäusern praktisch keine Rolle spielen<sup>1360</sup> kommt zuvorderst die Rechtsform der GmbH in Betracht.<sup>1361</sup>

#### **1. Die Überführung auf eine privatrechtliche Gesellschaft**

Für die Organisationsprivatisierung stehen verschiedene Wege zur Verfügung. Neben der reinen Bargründung ist zunächst die rechtsgeschäftliche Übertragung einzelner Aktiva, Passiva und Rechtsverhältnisse auf eine kommunale Eigengesellschaft im Wege eines sog. Asset Deals oder die Einbringung des Krankenhausbetriebes in eine Gesellschaft als Sacheinlage im Rahmen der Gründung oder der Kapitalerhöhung zu nennen.<sup>1362</sup>

Möglich ist weiterhin ein sog. Rechtsformwechsel, durch den ein öffentliches Unternehmen oder eine öffentliche Einrichtung komplett in eine privatrechtliche Organisationsform überführt wird; das Umwandlungsgesetz gestattet der öffentlichen Hand diese Möglichkeit nur unter den engen Voraussetzungen des § 301 UmwG<sup>1363, 1364</sup>.

Bei der Ausgliederung i.S.d. § 168 UmwG<sup>1365</sup> schließlich geht das Vermögen des Krankenhauses im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach § 131

---

<sup>1359</sup> Einführend *Bornheimer*, FS Görg, 79, 91.

<sup>1360</sup> Die Kommunalordnungen gestatten den öffentlichen Trägern die Gründung bzw. die Beteiligung an privatrechtlich verfassten Unternehmen regelmäßig nur, wenn eine Rechtsform gewählt wird, welche die Haftung des Trägers auf einen bestimmten Betrag begrenzt, so z.B. Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO, hierzu ausführlich *Lambrecht/Vollmöller*, in: *Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht*, § 16 Rn. 33.

<sup>1361</sup> Bezüglich der Rechtsform der AG sehen die Kommunalordnungen tlw. einen Nachrang an, z.B. § 108 Abs. 3 GO NRW.

<sup>1362</sup> S. *Lambrecht/Vollmöller*, in: *Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht*, § 16 Rn. 40.

<sup>1363</sup> § 301 Abs. 1 UmwG erlaubt nur einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts den Rechtsformwechsel in eine Kapitalgesellschaft.

<sup>1364</sup> Ausführlich *Fabry*, in: *ders/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand*, S. 186.

<sup>1365</sup> Die Ausgliederung ist einer Sacheinlage sehr ähnlich, zivilrechtlich werden bei der Sacheinlage aber nicht die Regelungen des UmwG angewendet, sondern die Einlagevorschriften; insbesondere ist ein Sachgründungsbericht für die GmbH zu erstellen (§ 5 Abs. 4 GmbHG). Steuerlich bleibt es bei der Anwendung der §§ 20 bis 23 UmwStG, hierzu *Semler/Stengel, UmwG*, § 161 Rn. 40; bei der vorzunehmenden Abwägung ist zu

Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf einen bestehenden oder neu gegründeten Rechtsträger über.<sup>1366</sup> Dies hat den grundsätzlichen Vorteil, dass Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnisse i.d.R. ohne Zustimmung der jeweiligen Gläubiger oder Vertragspartner übertragen werden können.<sup>1367</sup>

## 2. Gemeinde als Empfänger

Mangels eigener Rechtspersönlichkeit der Krankenhäuser in Form eines Eigen- oder Regiebetriebes war der eigentliche Fördermittelempfänger formaljuristisch die Gemeinde als juristische Person und als Beteiligte des verwaltungsrechtlichen Förderrechtsverhältnisses.<sup>1368</sup>

Es folgt, dass die Schuldnerin eines etwaigen Rückforderungsanspruchs die Gemeinde selbst als ursprünglicher Adressat des Bewilligungsbescheides ist und nicht die den Krankenhausbetrieb später aufnehmende Eigengesellschaft. Hingegen könnte sie aufgrund der Einbringung gegen die Eigengesellschaft einen Anspruch auf Freistellung oder Ersatz haben. Hierbei handelt es sich jedoch um eine bloße Insolvenzforderung, welche im Lichte des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu würdigen ist.<sup>1369</sup>

## 3. Entlass der Gemeinde aus dem Förderrechtsverhältnis

Aufgrund der eingangs geschilderten Problematik stellt sich die zentrale Frage, ob die Gemeinde aus dem Förderrechtsverhältnis entlassen wurde und die Eigengesellschaft an ihre Stelle getreten ist.

Zentraler Aspekt, ob die Gemeinde aus dem Förderrechtsverhältnis entlassen wurde, ist, ob die Übertragung des Krankenhausbetriebes im Wege der Einzel- oder der Gesamtrechtsnachfolge geschehen ist.<sup>1370</sup> Je nachdem, wie die Übertragung gestaltet war, kann es vorkommen, dass der Erwerber in das bestehende Förderverhältnis eintritt und somit einerseits – soweit die Mittel noch nicht vollständig ausgezahlt worden sind – Anspruch auf Abruf der weiteren Mittel hat, andererseits aber mit dem Eintritt auf Rückerstattung haftet, soweit die Subventionen zurückgefordert werden.

Der Förderanspruch setzt wie bereits aufgezeigt voraus, dass das jeweilige Krankenhaus in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen wurde. Insoweit gilt, dass der Aufnahme in einen Krankenhausplan keine dingliche

---

berücksichtigen, dass sich das formalisierte umwandlungsrechtliche Verfahren namentlich bei der Ausgliederung kleinerer Sachgesamtheiten als zu aufwendig darstellen kann und zudem zwingend mit einer betragslich unbeschränkten gesamtschuldnerischen Haftung der an der Ausgliederung beteiligten Rechtsträger einhergeht. Dagegen bietet die partielle Universalsukzession im Gegensatz zur Einzelrechtsnachfolge vor allem den Vorteil, dass der Vermögensübergang zu einem einheitlichen Zeitpunkt erfolgt und die jeweiligen Vertragspartner der Übertragung bestehender Vertragsverhältnisse nicht gemäß § 415 BGB zustimmen müssen, *Lepper*, RNotZ 2006, 313, 315 f.

<sup>1366</sup> Allgemein Semler/Stengel/Leonard, UmwG, § 131 Rn. 7.

<sup>1367</sup> Hierzu *Fabry*, in: ders./Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 187 f.

<sup>1368</sup> *Bornheimer*, FS Görg, 79, 91.

<sup>1369</sup> ebd., 79, 92.

<sup>1370</sup> Unter Rechtsnachfolge versteht man den Übergang einer rechtlichen Position von einem Rechtssubjekt auf ein anderes, hierzu statt vieler *Rumpf*, VerwArch 78 (1987), 269, 272.

Wirkung beizumessen ist, sie mithin nicht an das aufgenommene Krankenhaus als solches anknüpft, sondern an den jeweiligen Krankenhausträger. Ebenso ist naturgemäß der Träger des Krankenhauses Adressat der Förderungsbescheide und nicht die Einheit selbst, welche nur das zu fördernde Wirtschaftsgut darstellt.

Sowohl öffentlich-rechtliche Pflichten als auch Rechte, wie bspw. Genehmigungen, Gestattungen, Erlaubnisse oder auch Förderansprüche sind grundsätzlich rechtsnachfolgefähig.<sup>1371</sup> Rechtsnachfolge meint den Rechts- oder Pflichtenübergang von einer natürlichen oder juristischen Person auf eine von ihr verschiedene Rechtsposition.<sup>1372</sup>

Die Nachfolge in öffentlich-rechtlichen Rechts- und Pflichtenpositionen setzt neben der Nachfolgefähigkeit der betreffenden Position das Vorliegen eines Nachfolgetatbestandes, also eines Rechtsgrundes für den Eintritt des nachfolgenden Rechtsträgers voraus.<sup>1373</sup> Bei der Nachfolgefähigkeit geht es um die Frage, ob das in Rede stehende Recht auf einen anderen Rechtsträger übergehen kann, was insoweit bei Rechten und Pflichten höchstpersönlicher Natur, die ausschließlich einer bestimmten Person zugeordnet werden können, zu verneinen ist, da diese derart an die Person des Empfängers gekoppelt sind, dass sich mit einem Wechsel der konkrete Gesetzeszweck nicht mehr erreichen ließe.<sup>1374</sup> Übergangsfähig sind hingegen nichthöchstpersönliche Rechte, vor allem sachbezogene Rechte des Inhabers der Sachherrschaft.<sup>1375</sup>

In Bezug auf die Ansprüche auf krankenhausrrechtliche Förder- und Investitionsmittel ist von einer grundsätzlichen Übergangsfähigkeit auszugehen, da zwar der Adressat der jeweilige Krankenhausträger ist, diese aber insoweit sachbezogene Rechte darstellen, als dass die Fördermittel sich auf die Einheit „Krankenhaus“ beziehen und dieser zugutekommen sollen.<sup>1376</sup> Entscheidend ist insoweit vielmehr, dass die Zweckbindung der Fördermittel und das öffentliche Interesse auch beim Rechtsnachfolger gewahrt sind, was insoweit durch die landeskrankenhausrrechtlichen Möglichkeiten zum Widerruf der Fördermittelbescheide bei einem Trägerwechsel gesichert wird.<sup>1377</sup>

Damit ist nur zu klären, wie der Nachfolgetatbestand, also der Rechtsgrund für die konkrete Rechtsnachfolge, sowohl bei der Einzel-, als auch bei der Gesamtrechtsnachfolge ausgestaltet sein muss<sup>1378</sup> und ob die Förderbehörde der

---

<sup>1371</sup> Ausführlich zur Rechtsnachfolge im Verwaltungsrecht *Heide*, in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, Kap. 33 Rn. 12 ff.

<sup>1372</sup> Prägnant *Schink*, Rechtsnachfolge bei Zuständigkeitsveränderungen in der öffentlichen Verwaltung, S. 7; ferner *Zacharias*, JA 2001, 720, 721.

<sup>1373</sup> instruktiv *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 417 ff.

<sup>1374</sup> ebd.

<sup>1375</sup> Z.B. die Erteilung einer Baugenehmigung, s. ebd.

<sup>1376</sup> Vgl. auch Bornheimer, FS Görg, 79, 91 f; ferner zu der Nachfolgefähigkeit zweckgebundener Fördermittel *Kummer*, Vom Eigen- und Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S.227 ff.

<sup>1377</sup> Bspw. Art. 19 f. BayKrG; § 28 KHGG NRW; zu diesem Kriterium auch *Kummer*, Vom Eigen- und Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S.228.

<sup>1378</sup> Gesetzliche Nachfolgetatbestände sind etwa der Erbfall (§ 1922 BGB), die Firmenübernahme (§ 25 HGB) oder die Vermögensübertragung (§§ 174 ff. UmwG).



Auswechslung der Beteiligten des Förderrechtsverhältnisses zustimmen muss<sup>1379</sup>.

#### a) Einzelrechtsnachfolge

Mit einer Einzelrechtsnachfolge, auch Singularsukzession genannt, bezeichnet man den Übergang einer einzelnen Rechtsposition auf ein anderes Rechtssubjekt.<sup>1380</sup> Die Einzelrechtsnachfolge kann insbesondere in Form einer Forderungsübertragung durch Abtretung gem. § 398 BGB, einer Eigentumsübertragung gem. §§ 929 ff. bzw. §§ 873, 925 BGB und einer Schuldübernahme gem. §§ 414, 415 BGB erfolgen.<sup>1381</sup>

Bei einem Asset Deal wird nicht die unternehmensführende Gesellschaft, sondern deren Vermögensgegenstände verkauft, regelmäßig als Betriebseinheit. Insoweit sind auch die Rechte und Pflichten aus dem Förderrechtsverhältnis auf die neue Eigengesellschaft zu übertragen. Auch im Wege der Sacheinlage im Rahmen der Gründung der Eigengesellschaft oder im Rahmen einer Kapitalerhöhung findet bei Übertragung des „Krankenhauses“ eine Einzelrechtsnachfolge statt.

Bei einer solchen Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge bedarf die Auswechslung der Beteiligten des verwaltungsrechtlichen Förderrechtsverhältnisses der Zustimmung des Fördermittelgebers.<sup>1382</sup> Fraglich ist, ob der Erlass eines Feststellungsbescheides, der den Trägerwechsel in Ansehung der Krankenhausplanung vollzieht<sup>1383</sup>, eine Zustimmung der Behörde im Hinblick auf die Auswechslung des Beteiligten des krankenhausesrechtlichen Förderrechtsverhältnisses enthält. *Bornheimer*<sup>1384</sup> verneint dies mit dem Argument, dass der Feststellungsbescheid allein eine Wirkung für das zukünftige Förderrechtsverhältnis beinhaltet. Zudem ließe sich anführen, dass § 37 Abs. 1 VwVfG – und die insoweit gleichlautenden landesrechtlichen Regelungen – voraussetzen, dass Verwaltungsakte inhaltlich hinreichend bestimmt sein müssen. Das Gebot der Bestimmtheit des Regelungsgehalts verlangt, dass der entscheidungserhebliche Sachverhalt und die angeordnete Rechtsfolge erkennbar sein müssen.<sup>1385</sup> Dies könnte die Annahme rechtfertigen, dass der Bescheid klar erkennen lassen müsse, auf welcher Sachverhaltsgrundlage die Förderbehörde dem Eintritt in das Förderrechtsverhältnis zustimmt. Insoweit wäre zwischen der krankenhausesplanerischen Feststellung der Rechtsträgeränderung und

---

<sup>1379</sup> Dies ist eine Frage, die über die Problematik der verwaltungsrechtlichen Rechtsnachfolge hinausgeht und sich insoweit aus dem zivilrechtlichen Grundsatz ergibt, dass der Gläubiger sich nicht ohne seine Zustimmung eines neuen Schuldners ausgesetzt sehen muss, vgl. § 415 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>1380</sup> S. *Stückemann*, JA 2015 569, 570.

<sup>1381</sup> Ebd.

<sup>1382</sup> *Bornheimer*, FS Görg, 79, 91; *Lambrecht/Vollmöller*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 16 Rn. 44.

<sup>1383</sup> S. z.B. 25 Abs. 1 S. 1 LKHG B-W: „wechselt der Träger eines geförderten Krankenhauses [...] und soll das Krankenhaus seine Aufgabe nach dem Krankenhausplan weiter erfüllen, so bedarf der neue Krankenhausträger eines Feststellungsbescheides [...]“; ferner zur Problematik des Trägerwechsels *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 48.

<sup>1384</sup> *Ders.*, FS Görg, 79, 92.

<sup>1385</sup> Vgl. *Schwarz/Fehling/Kastner/Störmer*, VwVfG, § 37 Rn. 18.

den Fragen der Investitionsfinanzierung zu unterscheiden, die nicht Gegenstand des Feststellungsbescheides sind.

Eine solche Anordnung würde bedeuten, dass die nachteiligen Folgen des Auseinanderfallens von Fördermittelbewilligung und Krankenhausbetrieb nur verhindert werden könnten, wenn der bestehende Bewilligungsbescheid auf den Erwerber, die Eigengesellschaft, durch einen *zusätzlichen* behördlichen Änderungsbescheids übertragen wird, was immer voraussetzt, dass der Erwerber in seiner Person die maßgeblichen Förderbedingungen erfüllt; dies wird bei einer kommunalen Eigengesellschaft als unproblematisch einzuordnen sein.<sup>1386</sup>

Einer solchen Einordnung kann hingegen nicht gefolgt werden. Der Grund ist, dass im Zusammenhang mit einem Trägerwechsel auch die Voraussetzungen nach § 8 i.V.m. § 1 KHG erneut zu prüfen sind.<sup>1387</sup> Das Krankenhaus muss also weiterhin bedarfsgerecht, leistungsfähig und wirtschaftlich sein. Eine solche Einschätzung wird die Behörde aber aufgrund der Bedeutung der Fördermittel für das Krankenhaus nur dann treffen, wenn diese Fördermittel dem neuen Träger auch weiterhin zustehen, es mithin zu einem Eintritt in das Förderrechtsverhältnis kommt. Vor diesem Hintergrund wird man dem Feststellungsbescheid auch die Zustimmung zur Auswechslung der Beteiligten des verwaltungsrechtlichen Förderverhältnisses entnehmen können.

Nach hier vertretener Auffassung besteht damit jedenfalls bei Vorliegen eines Feststellungsbescheides und damit der Genehmigung der zuständigen Behörde<sup>1388</sup> kein Risiko für die Gemeinde, dass die bei der Eigengesellschaft eingetretene Zweckverfehlung zum Anlass für die Rückforderung der erstmals der Gemeinde gewährten Fördermittel genommen wird, da es insoweit zu einer Änderung der Vertragsbeteiligten gekommen ist.<sup>1389</sup>

## **b) Gesamtrechtsnachfolge**

Unter dem Begriff Gesamtrechtsnachfolge ist der unmittelbare Übergang eines Vermögens mit allen Rechten und Verpflichtungen auf den Gesamtnachfolger zu verstehen, der damit völlig in die Stellung seines Rechtsvorgängers eintritt.<sup>1390</sup> Wichtigste Fälle sind der Erbfall und die Umwandlung von Kapitalgesellschaften.

In Bezug auf Überführung von Krankenhäusern auf kommunale Eigengesellschaften kommt insbesondere die bereits angesprochene Ausgliederung i.S.d. § 168 UmwG in Betracht. Den Gebietskörperschaften wird die Möglichkeit eröffnet, von ihnen betriebene Unternehmen im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge entweder auf eine bestehende Personenhandelsgesellschaft, Kapitalgesellschaft oder eingetragene Genossenschaft zu übertragen (sog.

---

<sup>1386</sup> Hierzu *Töpfer/Butler*, ZIP 2003, 1677, 1678, die auch zum Problemkreis Stellung nehmen, inwieweit der Erwerber, selbst wenn er nicht in das Förderverhältnis eintritt, für die Rückforderung von Fördermitteln haftet, was insbesondere im Falle der Insolvenz des originären Adressaten des Bewilligungsbescheides von Bedeutung ist.

<sup>1387</sup> *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 49.

<sup>1388</sup> Dies setzt insoweit allerdings voraus, dass dieselbe Stelle sowohl für die Krankenhausplanung als auch für die Finanzierung zuständig ist, so etwa im Bundesland Bayern, vgl. Art. 22 Abs. 1 BayKrG.

<sup>1389</sup> A.A. *Bornheimer*, FS Görg, 79, 92.

<sup>1390</sup> Nach *Creifelds*, Rechtswörterbuch („Gesamtrechtsnachfolge“).

Ausgliederung zur Aufnahme) oder auf eine neu zu gründende Kapitalgesellschaft (Ausgliederung zur Neugründung) zu übertragen.<sup>1391</sup>

Eine Zustimmung der Gläubiger – und damit auch der Förderbehörde – zur Übernahme der Verbindlichkeiten, wie sie bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung nötig ist, entfällt.<sup>1392</sup> Sie sind bereits durch die gesamtschuldnerische Haftung und das Recht, Sicherheiten verlangen zu können, hinreichend geschützt.<sup>1393</sup> Voraussetzung für den Eintritt der Eigengesellschaft in das Förderrechtsverhältnis ist naturgemäß, dass die Ausgliederung dieses auch erfasst und eine entsprechende Zuordnung vorgenommen wird. Insoweit ergeben sich auch aus der Natur der jeweiligen gewährten Fördermittel keine Einschränkungen, denn anders als im Falle der insolvenzbedingten übertragenen Sanierung findet vorliegend keine Realisierung des Sachwertes, sondern nur eine Neugliederung der kommunalen Strukturen im Rahmen einer formellen Privatisierung statt. Die Verknüpfung zwischen dem Wirtschaftsgut „Krankenhaus“ und dem Förderverhältnis bleibt erhalten und nach Ausgliederung sind die Voraussetzungen der Förderung beim neuen Rechtsträger vorhanden, der nun insoweit mithilfe der Fördermittel die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen sicherzustellen hat.<sup>1394</sup>

## IX. Zusammenfassung

Aus der Gesamtschau der angesprochenen Rechtsprobleme ergeben sich folgende Leitlinien:

- (1) Krankenhausrechtliche Fördermittel gem. § 9 KHG i.V.m. entsprechenden Förderregeln der Landeskrankenhausgesetze werden zur Förderung der Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen gewährt.
- (2) Bis auf das Bundesland Bayern steht der Wortlaut der Regelungen der Landeskrankenhausgesetze einer Schließungsförderung im Falle der Einstellung des Krankenhausbetriebes im Rahmen eines Insolvenzverfahrens nicht entgegen. Zweck der Regelung ist die Herausnahme eines nicht benötigten Krankenhauses in einer Situation ausgeprägter Marktüberkapazitäten, dieser Zweck kann aber auch in der Insolvenz erfüllt sein. Der Anspruch auf Schließungsförderung ist

---

<sup>1391</sup> Hierzu *Lepper*, RNotZ 2006, 313; ferner zur Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung instruktiv *Aha*, AG 1997, 345.

<sup>1392</sup> Hierzu *MüKoBGB/Roth*, § 398 Rn. 184; ferner *Lambrecht/Vollmöller*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 16 Rn. 44.

<sup>1393</sup> Ausführlich *Semler/Stengel/Schröer*, UmwG, § 131 Rn. 33.

<sup>1394</sup> Anders z.B. bei Erlaubnissen, die an die Rechtsform des Begünstigten gebunden sind. Diese erlöschen, wenn sie im Zuge der Spaltung auf einen Rechtsträger übertragen werden, der die verlangte Rechtsform nicht hat. Ebenso können Genehmigungen, Erlaubnisse, Lizenzen o. ä., die an den Umfang einer Tätigkeit anknüpfen oder das Vorhandensein eines bestimmten Know-how oder einer besonderen Qualifikation oder Zuverlässigkeit beim Rechtsträger voraussetzen, nur übertragen werden, wenn beim übernehmenden Rechtsträger die erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind, vgl. hierzu eingehend *Semler/Stengel/Schröer* UmwG § 131 Rn. 43; ferner auch *Schmitt/Hörtmagl/Stratz*, UmwG, § 131 Rn. 69.

eine Massenforderung und vom Insolvenzverwalter geltend zu machen.

- (3) Das Institut des Eigenmittelausgleichs nach § 9 Abs. 2 Nr. 5 KHG ist ein zu bilanzierender, aufschiebend bedingter Anspruch des Krankenhauses, der bei Ausscheiden aus dem Krankenhausplan realisiert wird. Der Anspruch des Krankenhauses auf Eigenmittelausgleich besteht auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fort und gehört zur Insolvenzmasse.
- (4) Die Bestimmung der Zweckverfehlung i.S.d. § 49 Abs. 3 Nr. 1 LVwVfG im Rahmen der Frage des Widerrufs von Krankenhausfördermitteln bestimmt sich nach den tatsächlichen Auswirkungen der Insolvenz auf den Förderungszweck. Eine Zweckverfehlung ist dann anzunehmen, wenn das Krankenhaus nicht mehr zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen beiträgt, was grundsätzlich erst mit Einstellung des Krankenhausbetriebes anzunehmen ist. Für den Fall der übertragenden Sanierung ist in Bezug auf den übertragenden Rechtsträger von einer Zweckverfehlung auszugehen; für diesen Fall sehen einige Krankenhausgesetze Abweichungen vor, soweit durch den übernehmenden Rechtsträger die fortlaufende Versorgung gewährleistet wird.
- (5) Im Falle des sog. Fördermittelvorgriiffs liegt bezogen auf die noch ausstehende Förderung keine zweckentsprechende Verwendung vor, so dass dies einer zukünftigen Auszahlung entgegensteht.
- (6) Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Krankenhausträgers ist es der zuständigen Behörde verwehrt, einen Rückforderungsbescheid gem. § 49a LVwVfG i.V.m. krankenhausrrechtlichen Regelungen zu erlassen, der auf die Rückforderung von Fördermitteln gerichtet ist. Ebenso ist es der zuständigen Behörde nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwehrt, den Fördermittelbescheid mittels Verwaltungsakt auf Grundlage des § 49 LVwVfG i.v.m. landeskrankenhausrrechtlichen Regelungen zu widerrufen. Die Behörde kann stattdessen bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen den Rückforderungsanspruch – ohne vorherigen präjudizierenden Widerruf - zur Tabelle anmelden, muss aber im Falle des Bestreitens die Feststellung der Forderung nach § 179 Abs. 1 InsO betreiben.
- (7) Der Rückforderungsanspruch der Behörde ist nach hier vertretenem weitem Verständnis des Begriffs des Begründetseins i.S.v. § 38 InsO eine Insolvenzforderung und keine Masseverbindlichkeit, selbst wenn die Widerrufsgründe erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorliegen, da dieser Anspruch haftungsrechtlich bereits von Anfang an bedingt begründet ist.
- (8) Mit dem Rückforderungsanspruch kann die Behörde gegen den Anspruch auf Eigenmittelausgleich aufrechnen, soweit der Rückforderungsanspruch zeitlich vorgelagert unbedingt entsteht. Andernfalls ist eine Aufrechnung ausgeschlossen. Einer Aufrechnung gegen den Anspruch auf Schließungsförderung des Krankenhausträgers steht in jedem Falle das Verbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO entgegen. Die

landeskrankenhausrechtlichen Möglichkeiten zur Auf- und Verrechnung vermögen die insolvenzrechtlichen Aufrechnungsverbote der §§ 96 Abs. 1 S. 3, 96 InsO nicht zu umgehen.

- (9) Probleme können sich aus der Übertragung des Förderrechtsverhältnisses von der Gemeinde auf eine Krankenhauseigenengesellschaft ergeben. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Gemeinde bei der Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge aus dem Förderrechtsverhältnis entlassen wird, wenn ein Feststellungsbescheid in Bezug auf den Krankenhausplan erlassen wurde, da dieser nach hier vertretener Auffassung auch die Genehmigung der Auswechslung der Beteiligten des verwaltungsrechtlichen Förderrechtsverhältnisses enthält. Im Fall der Universalsukzession bedarf es wie gezeigt einer Zustimmung der Förderbehörde zur Übertragung des Förderrechtsverhältnisses nicht.

#### **D. Erlöse eines Krankenhauses nach Pflegesatzrecht in der Insolvenz**

Die jeweilige Krankenhausgesellschaft finanziert sich zu einem beachtlichen Teil durch die Entgelte, die für die im Krankenhaus erbrachten Leistungen gezahlt werden. Die komplizierten und im Vergleich zu anderen Entgeltbereichen abweichenden Regelungen des KHEntgG bringen für den Insolvenzfall Besonderheiten und rechtliche Schwierigkeiten mit sich.<sup>1395</sup> Die insolvenzrechtliche Behandlung dieses Problemkreises soll im Folgenden dargestellt werden.

#### **I. Grundsätze der pflegerechtlichen Mehr- und Mindererlöse**

Aufgrund der prospektiven Budgets innewohnenden Ungewissheit und des daraus folgenden Umstands, dass die voraussichtliche Zahl von Berechnungstagen und damit letztlich die geschätzte Zahl der Patienten nicht mit der tatsächlichen Zahl übereinstimmen kann, ist festzulegen, was mit den erzielten Mehrerlösen, welche durch eine Mehrbelegung, sowie den Mindererlösen, welche spiegelbildlich durch eine Minderbelegung ausgelöst werden, geschieht.<sup>1396</sup> Durch diese Regelungen handelt es sich um ein flexibles Budget.

##### **1. Nach KHEntgG<sup>1397</sup>**

Gem. § 4 Abs. 3 S. 1 KHEntgG werden das Erlösbudget und die vereinbarte Erlössumme für die Ermittlung von Mehr- oder Mindererlösausgleichen zu

---

<sup>1395</sup> Zu diesem Befund *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 36.

<sup>1396</sup> Angemerkt sei, dass die Zahlung der Budgets nicht einmalig zu Beginn eines Abrechnungszeitraums erfolgt, sondern das Krankenhaus der jeweils zuständigen Krankenkasse für jeden Behandlungsfall eine Rechnung zuleitet, die sodann beglichen wird. In der Sache sind diese Zahlungen Abschlagszahlungen auf das Budget.

<sup>1397</sup> Auch das KHG sieht in § 17a Abs. 3 S. 11 KHG hinsichtlich der Ausbildungskosten einen Erlösausgleich vor. Anders als im KHEntgG- und BPfIV-Bereich erfolgt ein vollständiger Erlösausgleich. Das Ausbildungsbudget ist mithin kein flexibles, sondern ein festes Budget. Mehr- oder Mindererlöse werden „vollständig“ über das Ausbildungsbudget des nächstmöglichen Vereinbarungszeitraums ausgeglichen. Steht der Ausgleichsbetrag bei der Verhandlung noch nicht fest, so sind gem. § 17a Abs. 3 S. 12 KHG Teilbeträge als Abschlagszahlungen auf den Ausgleich zu berücksichtigen; hierzu *Vollmöller*,

einem Gesamtbetrag zusammengefasst. Weicht die Summe gem. § 4 Abs. 3 S. 2 KHEntgG der auf das Kalenderjahr entfallenen Erlöse des Krankenhauses aus den Entgelten nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 sowie § 6 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2a KHEntgG von dem Gesamtbetrag ab, sind sog. Mehr- und Mindererlöse auszugleichen.<sup>1398</sup> Unter einem solchen Ausgleich wird im Pflegesatzrecht ein Betrag verstanden, der die im zurückliegenden Budgetzeitraum eingetretene Abweichung bestimmter Ist-Werte von den prospektiven Annahmen nachbessert.<sup>1399</sup>

Damit werden positive und negative Abweichungen bei einzelnen Erlösbereichen miteinander saldiert und es entsteht entweder ein Gesamt-Mehrerlös oder ein Gesamt-Mindererlös.<sup>1400</sup> Dabei ist eine bestimmte Reihenfolge einzuhalten. Der Gesetzgeber wollte sicherstellen, dass bei Entgelten mit hohen Sachkosten und/oder Vorhaltekosten diese zusätzlichen Kosten auch finanziert werden; deshalb wurden bei diesen Mehrerlösen niedrigere Rückzahlungen des Krankenhauses vorgesehen.<sup>1401</sup> Im Rahmen der Ausgleichsberechnungen kann dieses Finanzierungsziel nur sichergestellt werden, wenn diese für das Krankenhaus günstigeren Ausgleiche vor den mit 65 % auszugleichenden - den „sonstigen Mehrerlösen“ - durchgeführt werden.<sup>1402</sup>

Maßgeblich sind die auf das Kalenderjahr entfallenen Erlöse, wobei dies hypothetisch diejenigen Erlöse meint, die das Krankenhaus erzielt hätte, wenn sämtliche Erlöse tatsächlich prospektiv vereinbart und von Anfang an abrechenbar gewesen wären.<sup>1403</sup> Würden die tatsächlich erzielten Ist-Erlöse zu Grunde gelegt werden, käme es in Verbindung mit dem nach § 15 Abs. 3 KHEntgG durchzuführenden Liquiditätsausgleich zu nicht sachgerechten Berechnungsergebnissen.<sup>1404</sup>

---

in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 17a KHG Rn. 17a; Einführend zu den Erlösausgleichen s. bereits die Darstellung zum tlw. überholten Recht bei *Tuschen/Braun/Rau*, KH 2005, 955.

<sup>1398</sup> Man spricht insoweit von einem Gesamtsummenvergleich, s. *MedR-Komm/Becker*, § 4 KHEntgG Rn. 26. Darüber hinaus sieht das KHEntgG auch Mehr- oder Mindererlöse vor, die nicht in den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 3 fallen, sondern nach § 15 bzw. § 5 Abs. 3-5 auszugleichen sind.

<sup>1399</sup> *Genzel/Degener-Hencke*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 181.

<sup>1400</sup> Weiterführend *Hornbach/Petry*, in: *Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg*, Krankenhausmanagement, S. 366 f; gemeint ist, dass das Saldo entscheidend ist für Mehr- oder Mindererlösausgleiche und nicht, ob ein einzelner Posten, bspw. die krankenhausesindividuellen Entgelte, unterhalb der Erlössumme verbleiben. Das bedeutet, dass separate Mehr- oder Mindererlösausgleiche für einzelne Teilbereiche nicht stattfinden.

<sup>1401</sup> *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, Erl. § 4 KHEntgG.

<sup>1402</sup> S. ebd.; anschauliches Berechnungsbeispiel zu finden in den „Hinweise[n] zu den Budget- und Entgeltverhandlungen für das Jahr 2016 nach dem KHEntgG“ der Deutschen Krankenhausgesellschaft, S. 119, wonach einer Ausgleich derjenigen Mehrerlöse mit dem höchsten Ansatz nur noch zu einer Höhe stattfindet, die durch den saldierten Gesamt-Mehrerlös begrenzt ist; hierzu s. auch *MedR-Komm/Becker*, § 4 KHEntgG Rn. 34 f.

<sup>1403</sup> Zur Problematik der verspäteten Abrechenbarkeit s. *MedR-Komm/Becker*, § 4 KHEntgG Rn. 24, 27.

<sup>1404</sup> Hierzu die „Hinweise zu den Budget- und Entgeltverhandlungen für das Jahr 2016 nach dem KHEntgG“ der Deutschen Krankenhausgesellschaft, S. 115, abrufbar unter: [http://krankenhausgesellschaft-mv.de/images/dokumente/Finanzierung/2016/Hinweise\\_der\\_DKG\\_zu\\_den\\_Budgetverhandlungen\\_fuer\\_das\\_Jahr\\_2016\\_-\\_KHENTGG.pdf](http://krankenhausgesellschaft-mv.de/images/dokumente/Finanzierung/2016/Hinweise_der_DKG_zu_den_Budgetverhandlungen_fuer_das_Jahr_2016_-_KHENTGG.pdf) (12.11.2017).

Weiterhin gilt, dass Leistungen, die von den Krankenkassen bspw. aufgrund schwebender sozialgerichtlicher Verfahren noch nicht vergütet wurden, bei der Ermittlung der Ist-Erlöse *nicht* zu berücksichtigen sind und mithin nicht zu einer Erhöhung des Mehrerlösausgleichs oder zu einer respektiven Reduzierung eines Mindererlösausgleichs führen.<sup>1405</sup>

Nach § 4 Abs. 3 KHEntgG werden Mindererlöse im Grundsatz zu 20 % ausgeglichen.<sup>1406</sup> Dies bedeutet, dass im Budget vereinbarte, aber nicht erreichte Leistungen im Folgejahr dennoch teilweise von den Kostenträgern vergütet werden.<sup>1407</sup> Mehrerlöse hingegen werden im Grundsatz zu 65 %<sup>1408</sup> im Folgejahr vom Krankenhaus an die Kostenträger zurückerstattet.<sup>1409</sup> Für Fallpauschalen mit sehr hohem Sachkostenanteil sowie für teure Fallpauschalen mit einer schwer planbaren Leistungsmenge bestimmt § 4 Abs. 3 S. 5 KHEntgG, dass die Vertragsparteien im Voraus abweichende Regelungen für den Ausgleich vereinbaren sollen.

Bei einem so gestalteten flexiblen Budget<sup>1410</sup> werden die bei Mehrerlösen eintretende Überdeckung der Fixkosten<sup>1411</sup> und die bei Mindererlösen eintretende Unterdeckung der Fixkosten und damit die trotz der Mindererlöse entstandenen Vorhaltekosten zumindest teilweise über das darauffolgende Budget ausgeglichen.<sup>1412</sup>

---

<sup>1405</sup> S. ebd. Rn. 29, wonach die spätere Zahlung der Beträge durch die Krankenkassen dazu führt, dass sich die Ist-Erlöse erhöhen und der Erlösausgleich zu korrigieren ist, soweit noch keine endgültige Vereinbarung und Genehmigung für das betreffende Jahr stattgefunden hat; zu unterscheiden sind solche Forderungen von uneinbringlichen Forderungen, hierzu *Vollmöller*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 4 KHEntgG Rn. 39: Uneinbringliche Forderungen können nicht zu einem Mindererlösausgleich durch die Krankenkassen führen, da dies das wirtschaftliche (Unternehmer-)Risiko des Forderungsausfalls auf die Sozialleistungsträger verlagern würde. Umgekehrt wäre es aber auch nicht gerechtfertigt, dass das Krankenhaus bei einer Mehrerlössituation Ausgleichs in Höhe von 65% erstatten müsste, obwohl es die Erlöse nicht erzielt hat.

<sup>1406</sup> Abweichend davon werden Mindererlöse aus Zusatzentgelten für Arzneimittel und Medikalprodukte nicht ausgeglichen.

<sup>1407</sup> S. ebd., S. 372 f.

<sup>1408</sup> Mehrerlöse aus Zusatzentgelten für Arzneimittel und Medikalprodukte und aus Fallpauschalen für schwerverletzte, insbesondere polytraumatisierte oder schwer brandverletzte Patienten werden hingegen nur zu 25 % ausgeglichen.

<sup>1409</sup> S. ebd., mit dem Hinweis, dass bei Leistungen mit hohem Sachkostenanteil oder bei kostspieligen Leistungen mit schwer kalkulierbaren Leistungsmengen mit den Kostenträgern über die Höhe der Ausgleichssätze abweichend verhandelt werden kann.

<sup>1410</sup> Mitte der Neunziger Jahre wurde durch das Gesundheitsstrukturgesetz (BGBl I, 2266) zeitweilig abweichend ein festes Budget geschaffen, wodurch die Mehrleistungen zu 100 Prozent zurückgezahlt werden mussten und die Erlöse bei Minderleistungen dem Krankenhaus gewährt wurden, obwohl insoweit variable Kosten nicht entstanden waren. Diese Konstruktion hat jedoch erkennbar leistungshemmende Anreize und wurde durch die BpflV wieder zugunsten flexibler Budgets ersetzt, s. *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 182.

<sup>1411</sup> Bezweckt ist hiermit eine Begrenzung der Kosten der Sozialleistungsträger.

<sup>1412</sup> Hierzu *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 181, durch eine solche Regelung kommt es zu einer Berücksichtigung der variablen Kosten, diese sind erhöht bei Mehrleistungen und vermindert bei Minderleistungen.

Außerhalb des krankenhausindividuellen Versorgungsauftrages erbrachte Leistungen fließen nicht in die Berechnung des Erlösausgleichs ein.<sup>1413</sup> Dies liegt darin begründet, dass das Krankenhaus für außerhalb des Versorgungsauftrages erbrachte Leistungen schon gar keine Vergütung beanspruchen kann und die bereits gezahlten Erlöse vollständig an die Krankenkassen zurückzahlen sind.<sup>1414</sup>

Zur Ermittlung der Mehr- oder Mindererlöse hat der Krankenhausträger gem. § 4 Abs. 3 S. 7 KHentgG eine vom Jahresabschlussprüfer bestätigte Aufstellung über die Erlöse des Krankenhauses vorzulegen.

Bis zur endgültigen Festsetzung des Ausgleichsbeitrags haben die Vertragsparteien Teilbeiträge als Abschlagszahlung auf den Erlösausgleich zu berücksichtigen, der vorläufige Erlösausgleich wird damit zumeist mit einem Abschlag auf die bis dahin erzielten fiktiven Erlöse berechnet, vgl. § 4 Abs. 3 S. 9 KHentgG.<sup>1415</sup> Der Teilbetrag sollte durch eine sachgerechte Schätzung des Ausgleichsanspruchs ermittelt werden.<sup>1416</sup>

Die Höhe des Zuschlages ist nicht unbegrenzt. Nach § 5 Abs. 4 S. 3 KHentgG darf der Zuschlag die Gesamtsumme der voll- und teilstationären Entgelte um nicht mehr als 15% erhöhen, ansonsten sind die übersteigenden Beträge erst in nachfolgenden Vereinbarungszeiträumen durch entsprechende Zu- und Abschläge zu verrechnen.

## 2. Nach BPflV

Für Einrichtungen, die der BPflV unterliegen und somit ihre voll- und teilstationären Krankenhausleistungen nach tagesgleichen Pflegesätzen abrechnen, bestimmt § 3 Abs. 7 S. 1 BPflV einen Ausgleich wie folgt: Mindererlöse werden für die Jahre 2013, 2014, 2015 und 2016 zu 95 Prozent und ab dem Jahr 2017 zu 50 Prozent ausgeglichen (Nr. 1), Mehrerlöse, die infolge einer veränderten Kodierung von Diagnosen und Prozeduren entstehen, werden vollständig ausgeglichen (Nr. 2), sonstige Mehrerlöse werden für die Jahre 2013, 2014, 2015 und 2016 zu 65 Prozent ausgeglichen, ab dem Jahr 2017 werden sonstige Mehrerlöse bis zu einer Höhe von 5 Prozent des veränderten Gesamtbetrags nach Absatz 2 Satz 5 oder Absatz 3 Satz 12 zu 85 Prozent und darüber hinaus zu 90 Prozent ausgeglichen (Nr. 3).

---

<sup>1413</sup> Hierzu s. BVerwG NVwZ-RR 2008, 472 (insoweit zum vormals maßgeblichen § 12 Abs. 4 S. 1 BPflV).

<sup>1414</sup> S. MedR-Komm/Becker, § 4 KHentgG Rn. 28; Der Ausgleich für bereits gezahlte Erlöse findet sodann über den sozialrechtlichen Erstattungsanspruch statt, hierzu Quaaß/Zuck, Medizinrecht, § 26 Rn. 95.

<sup>1415</sup> Hierzu MedR-Komm/Becker, § 4 KHentgG Rn. 37; Die Deutsche Krankenhausgesellschaft empfiehlt in ihren „Hinweise[n] zu den Budget- und Entgeltverhandlungen für das Jahr 2016 nach dem KHentgG“, die Erlösausgleiche so lange als vorläufig zu vereinbaren, bis die Verjährungsfrist der Einzelforderungen (4 Jahre bei GKV-Patienten); 3 Jahre bei Selbstzahlern) abgelaufen ist bzw. solange noch keine Klarheit über eventuell bei Sozialgerichten anhängigen Abrechnungstreitigkeiten besteht.

<sup>1416</sup> Tuschen/Trefz, Krankenhausentgeltgesetz, Erl. § 4 KHentgG, II.



## II. Abrechnungsmodalitäten

Von der Frage zu unterscheiden, ob ein Mehr- oder Mindererlösausgleich vorzunehmen ist, ist die Frage, wie dieser Ausgleich im darauffolgenden Budget zu gestalten ist.

### 1. Nach KHEntgG

Gem. § 4 Abs. 3 S. 8 KHEntgG wird der Ausgleichsbetrag im Rahmen des Zu- oder Abschlags nach § 5 Abs. 4 KHEntgG abgerechnet. Der für den Erlösausgleich nach § 4 Abs. 3 KHEntgG ermittelte Betrag wird zusammen mit den Ausgleichsbeiträgen aufgrund nicht prospektiver Budgetvereinbarung nach § 15 Abs. 3 KHEntgG nicht direkt über das nächste Budget, sondern im Rahmen eines Zu- oder Abschlags auf die Fallpauschalen nach § 5 Abs. 4 KHEntgG abgerechnet.<sup>1417</sup> § 5 Abs. 4 KHEntgG regelt in dieser Konsequenz, dass die Ausgleichsbeiträge nicht mehr wie nach der BPflV a.F.<sup>1418</sup> Teil des Krankenhausbudgets sind, sondern über einen gesonderten Zu- oder Abschlag abgerechnet werden.<sup>1419</sup> Der Zu- oder Abschlag wird bei der Rechnungsstellung auf die abgerechneten Fallpauschalen und Zusatzentgelte sowie auf die sonstigen Entgelte nach § 6 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2a KHEntgG verrechnet und unter der Bezeichnung „Zu- oder Abschlag für Erlösausgleiche“ gesondert ausgewiesen.<sup>1420</sup>

Die Höhe des Zu- oder Abschlags ist anhand eines Prozentsatzes zu berechnen, der aus dem Verhältnis des zu verrechnenden Betrags einerseits, sowie des Gesamtbetrags nach § 4 Abs. 3 S. 1 KHEntgG zu ermitteln ist. Dieser Prozentsatz wird bei der Rechnungsstellung des Krankenhauses rechnungstechnisch auf die Fallpauschalen und Zusatzentgelte aus den bundeseinheitlichen Entgeltkatalogen und auf die krankenhausespezifischen Entgelte nach § 6 Abs. 1 und 2a KHEntgG aufgeschlagen oder von diesen abgezogen.<sup>1421</sup>

Für den Fall der unterjährigen Entgeltvereinbarung sieht § 5 Abs. 4 S. 2 KHEntgG eine Modifikation vor, wonach der Prozentsatz nicht mehr anhand des Gesamtbetrags nach § 4 Abs. 3 S. 1 KHEntgG in voller Höhe, sondern auf Grundlage desjenigen Teilbetrags ermittelt wird, der ab Inkrafttreten der Entgeltvereinbarung voraussichtlich noch zur Abrechnung gelangen wird.<sup>1422</sup> Der zu verrechnende Betrag muss damit in einem kürzeren Zeitraum realisiert

---

<sup>1417</sup> S. auch *Ihle*, in: Bergmann/Paue/Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, § 5 KHEntgG Rn. 5; s. auch die amtliche Begründung im Entwurf eines Gesetzes zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009 (Krankenhausfinanzierungsreformgesetz - KHRG), BT-Drs. 696/08, S. 53, woraus hervorgeht, dass der Erlösausgleichsbetrag nicht mehr über das Erlösbudget des Folgejahres, sondern gesondert über einen Zu- oder Abschlag nach § 5 Abs. 4 verrechnet wird.

<sup>1418</sup> § 12 Abs. 2 S. 4 BPflV a.F. lautete: „Der Ausgleichsbetrag ist über das Budget des folgenden Pflegesatzzeitraums abzurechnen“.

<sup>1419</sup> S. *Vollmöller*, in: Dettling/Gerlach, *Krankenhausrecht*, § 5 KHEntgG Rn. 23.

<sup>1420</sup> *Kutlu*, in: Spickhoff, *Medizinrecht*, § 5 KHEntgG Rn. 7; *Ihle*, in: Bergmann/Paue/Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, § 5 KHEntgG Rn. 6, wonach der Zuschlag auf die abgerechnete Höhe der DRG-Fallpauschalen und Zusatzentgelte sowie auf die sonstigen Entgelte nach § 6 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2a KHEntgG angewendet wird, nicht aber auf Zu- und Abschläge.

<sup>1421</sup> *Tuschen/Trefz*, *Krankenhausentgeltgesetz*, Erl. § 5 KHEntgG, mit anschaulichem Berechnungsbeispiel.

<sup>1422</sup> Ausführlich MedR-Komm/Becker, § 4 KHEntgG Rn. 29.

werden und führt zu einem höheren Zu- oder Abschlag als bei einer prospektiven Vereinbarung.<sup>1423</sup>

Aus den Gesamtregelungen ergibt sich eine zeitlich verzögerte Realisierung, die dem Krankenhaus bei einem Mehrerlösausgleich einen Liquiditätsvorteil und bei einem Mindererlösausgleich einen Liquiditätsnachteil bringt.<sup>1424</sup>

## **2. Nach BPflV**

Für die Abrechnung von Leistungen von Einrichtungen, die der BPflV unterliegen, bestimmte § 12 Abs. 2 S. 4 BPflV a.F. noch, dass der Ausgleichsbeitrag über das Budget des folgenden Pflegezeitraums abzurechnen war.

§ 3 Abs. 5 BPflV, welcher nun den Ausgleich von Mehr- oder Mindererlösen regelt, soll ausweislich der Begründung für die Jahre 2013 bis 2016 „entsprechend zu § 12 Abs. 2 BPflV a.F.“ die Vorgehensweise für den Fall regeln, dass die prospektiv vereinbarten Erlöse von den tatsächlich eingetretenen Erlösen abweichen.<sup>1425</sup>

Damit sind nun auch weiterhin diese Forderungen in das nachfolgende Budget einzustellen. Dies bedeutet, dass das Krankenhaus einen bestimmten Betrag der erzielten Mehrerlöse zurückzahlen muss. Dieser Betrag wird mit dem nächsten zu vereinbarenden *Budget* verrechnet, vermindert dieses also entsprechend.<sup>1426</sup>

## **III. Der Mehrerlösausgleich als Insolvenzforderung?**

Fraglich ist, ob die Krankenkassen bezogen auf den Erlösausgleich Insolvenzgläubiger i.S.d. § 38 InsO sind, der Anspruch also zu einer Insolvenzforderung führt, die zur Tabelle anzumelden ist und mithin nur im Rahmen des Insolvenzverfahrens<sup>1427</sup> geltend gemacht werden kann. Dies hätte zur Folge, dass die Zahlung der Fallpauschalen im Folgejahr nicht mit einem Ausgleichsbetrag belastet würde, was im Interesse des insolventen Krankenhauses läge.<sup>1428</sup>

### **1. Begriff des Insolvenzgläubigers**

§ 38 InsO enthält die Legaldefinition des Insolvenzgläubigers, welche gem. § 87 InsO ihre Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen können. Insolvenzgläubiger ist derjenige, der im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner innehat. Die Ansprüche der Insolvenzgläubiger

---

<sup>1423</sup> Ebd.

<sup>1424</sup> *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, Erl. § 4 KHEntgG, II.

<sup>1425</sup> S. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen (Psych-Entgeltgesetz – PsychEntgG), BT-Drs. 30/12, S. 49.

<sup>1426</sup> So *Tuschen*, PdK Bu H-10a, § 3 BPflV.

<sup>1427</sup> Insoweit bestimmt § 87 InsO: „Die Insolvenzgläubiger können ihre Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen“.

<sup>1428</sup> Vgl. schon *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 182; diese Belastung des Budgets fände auch nicht statt, wenn es sich um Masseforderungen handelte, sondern einzig dann, wenn der Mehrerlösausgleich überhaupt keine Forderung im insolvenzrechtlichen Sinne darstellte.

sollten im Lichte des § 1 S. 1 InsO gemeinschaftlich und gleichmäßig befriedigt werden.<sup>1429</sup> Das Insolvenzrecht kennt neben den Insolvenzgläubigern noch zwei weitere Arten von Gläubigern, die Masse- und die Neugläubiger.<sup>1430</sup>

§ 38 InsO definiert den Begriff des Insolvenzgläubigers materiellrechtlich und setzt voraus, dass dem Gläubiger der in der Vorschrift beschriebene Vermögensanspruch tatsächlich zusteht.<sup>1431</sup> Nicht aber dient die Norm dazu, Gläubiger von Nichtgläubigern abzugrenzen.<sup>1432</sup>

Damit setzt die Qualifikation als Insolvenzforderung nach § 38 InsO drei Tatbestandsvoraussetzungen voraus, die kumulativ vorliegen müssen: einen Vermögensanspruch (hierzu unter 2.), die persönliche Haftung des Schuldners (hierzu unter 3.) und die Begründetheit des Anspruches im Eröffnungszeitpunkt (hierzu unter 4.).

## 2. Vermögensanspruch

Ein Vermögensanspruch i.S.d. § 38 InsO ist das Recht auf eine geldwerte, aus dem Vermögen des Schuldners eintreibbare Leistung.<sup>1433</sup>

Ein Vermögensanspruch besteht dem Grunde nach nur, wenn dieser auch im Wege der Einzelzwangsvollstreckung aus dem Vermögen betrieben werden könnte.<sup>1434</sup>

Davon zu unterscheiden sind nichtvermögensrechtliche Ansprüche, also solche, die nicht auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind und die sich nicht in einen Geldanspruch umrechnen lassen; solche Ansprüche gehören nicht zu den Insolvenzforderungen.<sup>1435</sup> Zu den nicht in Geld abgeltungsfähigen und deswegen keine Stellung als Insolvenzgläubiger begründenden Ansprüchen zählen höchstpersönliche und rein familienrechtliche Ansprüche, Gestaltungsrechte, Unterlassungsansprüche, Beseitigungsansprüche, Widerrufsansprüche, Ansprüche auf unvertretbare Handlungen i.S.v. § 888 ZPO, Auskunftsansprüche und Ansprüche auf Rechnungslegung.<sup>1436</sup>

Ob eine Forderung Insolvenzforderung ist, ist nicht abhängig vom zugrundeliegenden Rechtsgrund. Die Forderung braucht nicht in schuldrechtlichen

---

<sup>1429</sup> Vgl. zu den Gläubigerrechten im Übrigen *K. Schmidt*, InsO, § 38 Rn. 2.

<sup>1430</sup> Instruktiv *Bork*, Insolvenzrecht, § 8 Rn. 70 ff., ferner *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 14.02.

<sup>1431</sup> *Henckel*, in: *Jaeger*, InsO, § 38 Rn. 8; vgl. ferner *Eichel*, Künftige Forderungen, S. 61.

<sup>1432</sup> Vielmehr zielt der Regelungscharakter darauf ab, zu unterscheiden, welche Gläubiger Insolvenzgläubiger sind und deshalb an der gemeinschaftlichen Befriedigung teilnehmen und welchen diese Eigenschaft nicht zukommt, s. ebd.

<sup>1433</sup> So *Henckel*, in: *Jaeger*, InsO, § 38 Rn. 63.

<sup>1434</sup> *K. Schmidt*, InsO, § 38 Rn. 5; *MüKoInsO/Ehricke*, § 38 Rn. 14; ist der Anspruch nicht auf Zahlung gerichtet, wird dieser gem. §§ 45 S. 1, 46 S. 1 InsO in Geld umgerechnet; ferner auch *HambKomm/Lüdtke*, § 38 Rn. 13.

<sup>1435</sup> *Uhlenbruck/Sinz*, InsO, § 38 Rn. 10.

<sup>1436</sup> Einzelheiten bei: *MüKoInsO/Ehricke*, § 38 Rn. 26 ff.; *Becker*, Insolvenzrecht, § 7 Rn. 257; hinsichtlich der Auskunftserteilung und der Rechnungslegung gelten Sonderregeln, näher *HambKomm/Lüdtke*, § 38 Rn. 25

Rechtsverhältnissen begründet zu sein.<sup>1437</sup> In Betracht kommen also bspw. schuld-, familien- aber auch öffentlich-rechtliche Ansprüche.<sup>1438</sup>

#### a) **Anspruchseigenschaft der Mehrerlösausgleiche**

*Quaas*<sup>1439</sup> verneint das Vorliegen eines Gläubiger-Schuldner-Verhältnisses bezogen auf die zu leistenden Mehrerlösausgleiche. Er begründet dies mit der Situation eines Selbstzahlers<sup>1440</sup>, welcher in einem Pflegezeitraum behandelt wird, in dem Mehrerlöse erzielt wurden. Trotzdem – so *Quaas* – habe dieser Patient das richtige Entgelt bezahlt und keinen Ausgleichsanspruch.<sup>1441</sup> Das gleiche gelte auch für den Kostenträger des Versicherten, so dass der Mehrerlösausgleich schlussfolgernd nicht zu Forderungen bestimmter Patienten und Kostenträger führe.<sup>1442</sup> Der Mehrerlösausgleichsanspruch sei mithin keine Forderung i.S.d. § 38 InsO, sondern vielmehr ein bloßes technisches Instrument, um die Gesamterlöse eines Krankenhauses in bestimmter Höhe zu halten.<sup>1443</sup>

Heruntergebrochen wird angeführt, dass die Forderung nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden müsse und auch nicht könne, weil es an einem relativen Schuldverhältnis zwischen dem Krankenhaus und dem Kostenträger fehle, aus der Forderungen, d.h. Vermögensansprüche i.S.d. § 38 InsO in Bezug auf die Regelungen der Erlösausgleichsansprüche erwachsen könnten.<sup>1444</sup>

Fraglich ist damit, ob die Mehrerlösausgleiche als Ansprüche i.S.d. § 38 InsO einzuordnen sind.<sup>1445</sup> *Ziegler*<sup>1446</sup> lässt diese Frage offen und argumentiert lediglich, dass die Besonderheiten des Pflegesatzrechts es nicht rechtfertigen würden, den Ausgleichsbetrag nicht im Rahmen des Insolvenzverfahrens zu

---

<sup>1437</sup> *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 38 Rn. 79.

<sup>1438</sup> Vgl. Graf-Schliecker/*Bremen*, InsO, § 38 Rn. 5.

<sup>1439</sup> *Ders.*, ZMGR 2004, 179, 182.

<sup>1440</sup> Als Selbstzahler werden diejenigen Patienten bezeichnet, die nicht Versicherte einer gesetzlichen Krankenkasse i.S.d. §§ 143 ff. SGB V sind (sog. „Privatpatienten“). Dabei ist es grds. unerheblich, ob und in welchem Umfang der Selbstzahler einen Erstattungsanspruch gegen eine private Krankenversicherung hat, s. *Rehborn*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 14 Rn. 4.

<sup>1441</sup> Weiterhin führt selbiger aus, dass die Berücksichtigung dieses Ausgleichsbeitrages über einen niedrigeren Pflegesatz im Wege der darauffolgenden Pflegesatzverhandlungen den/die anderen Patienten begünstige, s. *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 182.

<sup>1442</sup> Ebd.

<sup>1443</sup> Ebd.; so auch *ders.*, Insolvenzen von Krankenhäusern – Krankenhausrechtliche Problemfälle, in: Krankenhausrecht in Wissenschaft und Praxis, Düsseldorf Krankenhausrechtstag 2004, Ministerium für Gesundheit, Soziales, Frauen und Familie des Landes NRW (Hrsg.), 2005, S. 83; zum gleichen Ergebnis wohl auch kommend *Leber/Pfeiffer*, Krankenhausfinanzierung, S. 127 f.

<sup>1444</sup> Nach *Quaas* gehe es, wenn überhaupt um einen Anspruch, dass das künftige Budget gemindert werde, s. *ders.* ZMGR 2004, 179, 182; so wohl auch zu verstehen *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 181, wonach der einzelnen Krankenkasse beim Mehrerlösausgleich keine Gläubigerstellung zukomme.

<sup>1445</sup> Dies bezweifelnd auch *Ziegler*, ZInsO 2014, 1577, 1585; zur BPflV die Gläubigerstellung der Krankenkassen verneinend, *Degener-Hencke*, Speyerer Arbeitshefte 148, 68.

<sup>1446</sup> Ebd.; dem folgend *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 34, der Mehrerlösausgleiche als Verbindlichkeiten des insolventen Krankenhauses gegenüber Krankenkassen bezeichnet. Zu erwähnen ist, dass dies in der ersten Auflage mit Verweis auf *Quaas* noch als strittig dargestellt wurde.

berücksichtigen. Diese Frage bedarf im Folgenden einer genaueren Auseinandersetzung.

*aa) Vergütungsanspruch des Krankenhausträgers*

Mehrerlösausgleiche entstehen dadurch, dass das Krankenhaus mehr Leistungen erbringt, als in den Budgetverhandlungen vorgesehen wurden und dementsprechend mehr Leistungen vergütet erhält, als vereinbart.

Das Budget ist der Betrag, den der Krankenhausträger für seine Leistungen gegenüber Kassenpatienten von den gesetzlichen Krankenkassen verlangen kann. Die Abwicklung erfolgt in der Weise, dass das Krankenhaus der jeweils zuständigen Krankenkasse für jeden Behandlungsfall eine Rechnung zuleitet, die sodann beglichen wird. In der Sache sind diese Zahlungen Abschlagszahlungen auf das Budget.<sup>1447</sup>

Klarzustellen ist, dass die Höhe des Erlösbudgets nicht präjudizierend für die Erbringung und Abrechnung der Krankenhausleistungen ist. Im Rahmen seines Versorgungsauftrags kann das Krankenhaus auch andere oder mehr bzw. weniger Leistungen erbringen als im Erlösbudget vereinbart.<sup>1448</sup>

Nach § 109 Abs. 4 Satz 3 SGB V sind die Krankenkassen verpflichtet, mit den zur Krankenhausbehandlung zugelassenen Krankenhäusern<sup>1449</sup> Pflegesatzverhandlungen zu führen.<sup>1450</sup> Mit der Vereinbarung des Krankenhausbudgets kommt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag koordinationsrechtlicher Art zwischen den Pflegesatzparteien zustande.<sup>1451</sup> Vereinbarungsgegenstand ist das Erlösbudget nach § 4 KHEntgG, die Summe der Bewertungsrelationen, die sonstigen Entgelte nach § 6 KHEntgG, die Erlössumme nach § 6 Abs. 3 KHEntgG, die Zu- und Abschläge sowie die Mehr- und Mindererlösausgleiche. Zudem bestimmt § 11 Abs. 1 S. 3 KHEntgG, dass die Vereinbarung Bestimmungen enthalten muss, die eine zeitnahe Zahlung der Entgelte an das Krankenhaus gewährleisten.

Der Zahlungsanspruch des Krankenhauses ergibt sich hingegen nicht aus dem Budget, d.h. aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag selbst, sondern der Vergütungsanspruch gegen die Krankenkasse entsteht mit der Behandlung des Versicherten, mithin wandelt sich der Anspruch des Versicherten gegen seine Krankenkasse auf Gewährung von Krankenhausbehandlung in einen Vergütungsanspruch des Krankenhauses gegen die Krankenkasse um.<sup>1452</sup> Der Anspruch auf Zahlung ist ein öffentlich-rechtlicher Anspruch.

---

<sup>1447</sup> S. auch BVerwG, Urteil v. 20. 12. 2007 - 3 C 53/06 (Lüneburg).

<sup>1448</sup> Vollmöller, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 4 KHEntgG Rn. 8.

<sup>1449</sup> Vertragspartei ist naturgemäß insoweit der Krankenhausträger, die Verhandlungen werden sodann für die jeweils zugelassenen einzelnen "Krankenhauseinheiten" geführt, vgl. Dettling, in: ders./Gerlach, Krankenhausrecht, § 18 KHG Rn. 8.

<sup>1450</sup> S. auch Tuschen/Trefz, Krankenhausentgeltgesetz, Erl. § 11 KHEntgG.

<sup>1451</sup> D. Prütting, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 5 Rn. 60; Details zum Verhandlungsverfahren bei ebd., Rn. 110; insofern handelt es sich nicht um eine bloße Preisabsprache, vgl. Kutlu, in: Spickhoff, Medizinrecht § 11 KHEntgG Rn. 5.

<sup>1452</sup> Hierzu Schrunner, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 6 Rn. 32; Anspruchsgrundlage ist § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V i.V.m. dem jeweiligen Vertrag nach § 112 Abs. 2 SGB V. Mit dem Abschluss des Versorgungsvertrags erwirbt das Krankenhaus für die

Der Anspruch des Krankenhauses auf Zahlung und damit die Verpflichtung der Krankenkasse *korrespondiert* damit mit dem Anspruch des Versicherten auf Krankenhausbehandlung und entsteht, sobald ein bei ihr Versicherter eine Sachleistung i.S.d. § 39 Abs. 1 SGB V in Anspruch genommen hat.<sup>1453</sup>

*bb) Anspruch als Rechtsbegriff*

Begrifflich verlangt § 38 InsO das Vorliegen eines Anspruches. Anspruch und Forderung werden umgangssprachlich zumeist synonym verwendet, wohingegen das BGB unter dem Begriff „Anspruch“<sup>1454</sup> einen gegenüber der „Forderung“ allgemeineren Begriff versteht. § 241 Abs. 1 BGB bezieht sich hingegen nur auf das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen in Gestalt einer „Leistung“ zu „fordern“. Das Forderungsrecht und damit die Forderung meint demnach nur den schuldrechtlichen Anspruch.<sup>1455</sup>

Ein Anspruch setzt zunächst eine Zweierbeziehung voraus, auf der einen Seite der Schuldner und auf der anderen Seite der Gläubiger.<sup>1456</sup> Gegenstand des Anspruches ist ein Tun oder Unterlassen; Gegenstand des Tuns wiederum ist jede denkbare Verhaltensweise auf tatsächlichem oder rechtem Gebiet, etwa die Zahlung, die Abgabe einer Willenserklärung oder die Bewirkung eines Erfolges.<sup>1457</sup> Abzugrenzen ist der Anspruch von dem Verhältnis, aus dem der Anspruch fließt.

Jeder Anspruch setzt damit ein Rechtsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen voraus, die sich als Berechtigte (Gläubiger) und Verpflichtete (Schuldner) gegenüberstehen. Das Rechtsverhältnis kann auf Vertrag beruhen oder durch Gesetz, Verwaltungsakt oder Richterspruch begründet werden.<sup>1458</sup>

Dies wird von *Quaas*<sup>1459</sup> mit der Begründung angezweifelt, dass der pflegesatzrechtliche Mehrerlösausgleich nicht zu individuellen Forderungen einzelner führe, sondern sich als „kollektive Verrechnungsforderung“, gegen das nachfolgende Budget richte. Wenn überhaupt gehe es um einen Anspruch, dass ein künftiges Budget gemindert werde.<sup>1460</sup>

---

von ihm erbrachten Leistungen an GKV-Versicherten einen Vergütungsanspruch gegen die Krankenkasse im Rahmen der Vergütungsvereinbarung nach den Vorschriften des Krankenhausfinanzierungsrechts, s. hierzu *Schrinner*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 109 SGB V Rn. 20. Der Annahme eines direkten Vergütungsanspruches der Krankenhäuser steht i.Ü. nicht entgegen, dass sich die konkrete Höhe der dem Krankenhausträger zustehenden Vergütung erst in Verbindung mit den Pflegesatzvereinbarungen und den Vorschriften des KHG und KHEntgG feststellen lässt, vgl. *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 109 SGB V Rn. 25.

<sup>1453</sup> *Kaltenborn/Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, § 109 SGB V Rn. 10.

<sup>1454</sup> Der Begriff „Anspruch“ ist in § 194 Abs. 1 BGB legaldefiniert als „Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“.

<sup>1455</sup> Ausführlich *MüKoBGB/Bachmann*, § 241 Rn 6 ff.

<sup>1456</sup> Wobei jeweils auf beiden Seiten auch Personenmehrheiten möglich sind, zum Ganzen s. *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, § 194 Rn. 6.

<sup>1457</sup> Ebd., Rn. 8.

<sup>1458</sup> Ausführlich *BeckOKBGB/Henrich*, § 194 Rn. 13.

<sup>1459</sup> *Ders.*, ZMGR 2004, 179, 182.

<sup>1460</sup> Ebd.; erhellend zur Frage, inwieweit staatliche Einrichtungen Träger von subjektiven Rechten sein können, *Blum*, Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit in der Insolvenz, S.121 ff.

cc) *Rechtsquelle des Mehrerlösausgleichs*

Entscheidend ist damit, ob der Krankenkasse in Bezug auf den Mehrerlösausgleich eine Gläubigerstellung zukommt.

Sinn und Zweck der Mehrerlösausgleiche ist es, die Ausgaben der Sozialleistungsträger zu begrenzen. Anstatt dieses Ziel dadurch zu erreichen, dass das Krankenhaus verpflichtet wird, einen bestimmten Mehrbetrag zu erstatten, wird das darauffolgende Budget, genauer die jeweilige Fallpauschale, prozentual gekürzt.

Die Literatur enthält sich einer Aussage zur Rechtsgrundlage der Mehrerlösausgleiche. Hier ist hingegen mit Blick auf § 4 Abs. 3 KHEntgG festzuhalten, dass sich die Pflicht zum Ausgleich von Mehrerlösen bereits aus dem Gesetz ergibt, da S. 4 insoweit vorgibt, dass Mehrerlöse zu einem bestimmten Prozentsatz ausgeglichen werden. Diese Anordnung ist in Verbindung mit den Budgetvereinbarungen als öffentlich-rechtlichem Vertrag zu sehen, da ein Erlösausgleich nicht ohne zuvor vereinbartes Budget stattfindet. Die Krankenkasse hat somit aus § 4 Abs. 3 S. 2, 4 KHEntgG i. V. m. der Budgetvereinbarung bei Überschreitung der Leistungsvereinbarung ein Recht gegen das Krankenhaus erworben. Dieses Recht richtet sich dahingehend, dass das Krankenhaus denjenigen Betrag, den die Krankenkasse über die im Budget vereinbarte Summe hinausgezahlt hat, jedenfalls prozentual ausgleicht.

Dagegen lässt sich auch nicht anführen, dass in Wahrheit gar kein Betrag zu viel gezahlt wurde, der nun zurückgefordert werde.<sup>1461</sup> Dieser Einschätzung folgend wäre der Mehrerlösausgleich lediglich eine Art Vergünstigung sui generis, im nachfolgenden Verhandlungszeitraum nur um Ausgleichsbeiträge verminderte Pflegesätze zahlen zu müssen.<sup>1462</sup> Richtig ist daran, dass die Krankenkasse keinen falschen Betrag i. S. e. Zuviels gezahlt hat, denn der Vergütungsanspruch für die Krankenhausleistung bestand in genau dieser Höhe. Wie bereits gezeigt, ist hingegen zwischen dem Vergütungsanspruch einerseits, welcher individuell durch die Inanspruchnahme des Krankenhauses durch den versicherten Patienten entsteht, und den Pflegesatzverhandlungen sowie dem Budget andererseits zu unterscheiden. Die gesetzliche Determination der Mehrerlösausgleiche ist damit unabhängig vom individuellen Krankenhaus-Versicherten Verhältnis zu betrachten.

dd) *Bedeutung des § 5 Abs. 5 KHEntgG*

Es ist zunächst zuzugeben, dass die dargestellte „Vergünstigung“ bei kontinuierlichen Verhandlungen nicht gesondert geltend gemacht werden kann, sondern als Faktor unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 KHEntgG zu berücksichtigen ist. In Ermangelung abweichender Regelungen hätte dies zur Folge, dass bei Einstellung des Krankenhausbetriebes und damit dem

---

<sup>1461</sup> Diese Einordnung treffend *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 183.

<sup>1462</sup> Ebd., wonach ein solcher Vorteil nicht zu einem Vermögensanspruch i. S. d. Insolvenzordnung führe.

Ausbleiben der Verhandlungen dem Krankenhaus der erzielte Mehrbetrag verbleiben würde. Dies ist im Kontext mit § 5 Abs. 5 KHEntgG zu sehen.<sup>1463</sup>

Im Falle der Schließung eines Krankenhauses kann die bereits dargestellte Abrechnungsform der Zu- und Abschläge im folgenden Kalenderjahr nicht mehr wie gewohnt vorgenommen werden. Für diesen Fall bestimmt § 5 Abs. 5 S. 1 KHEntgG, dass „der auf die gesetzliche Krankenversicherung entfallene Anteil des noch auszugleichenden Betrags den gesetzlichen Krankenkassen, deren Versicherte im Vorjahr im Krankenhaus voll- und teilstationär behandelt wurden, gesondert in Rechnung gestellt oder an diese zurückgezahlt“ wird.<sup>1464</sup>

Im Kontext mit Abs. 4 ist dies so zu lesen, dass Selbiger nur die Abrechnungsmodalität regelt und Abs. 5 für den Fall der Schließung eine abweichende Regelung treffen muss, nämlich die Ausgleichzahlung über gesondert in Rechnung zu stellende Beträge. Nimmt man dies aber an, dann ist der zentral in § 4 Abs. 3 KHEntgG geregelte Mehrerlösausgleich kein bloßes technisches Instrument zur Anpassung eines Budgets, sondern eine Forderung im Sinne eines Gläubiger-Schuldner-Verhältnisses zwischen Krankenhaus und Krankenkasse, welche bloß durch das KHEntgG einer besonderen – vom Anspruch zu unterscheidenden – Abrechnungsform unterworfen sind. Ist diese Abrechnungsform im folgenden Jahr nicht mehr gangbar, muss der *Anspruch* insoweit anderweitig, gesondert, geltend gemacht werden können

Dass die Mehrerlösausgleiche nicht bloße Rechnungsposten sind, steht weiterhin im Einklang mit der augenscheinlichen Auffassung des Gesetzgebers. So heißt es im Entwurf des Krankenhausfinanzierungsreformgesetzes in der Begründung zu § 5 Abs. 5 KHEntgG: „Im Falle einer Schließung eines Krankenhauses können die entstandenen *Rechtsansprüche* ggf. nicht mehr über Zu- und Abschläge realisiert werden.“<sup>1465</sup>

#### ee) *Zwischenergebnis*

Richtigerweise ist deshalb nicht der Mehrerlösausgleich als solcher ein technisches Instrument zur Budgetanpassung. Eine solche Aussage passt hingegen – und zwar einzig hier – auf die Abrechnungsmodalitäten, welche der Gesetzgeber nicht etwa in § 4 KHEntgG, sondern gesondert in § 5 Abs. 4 KHEntgG geregelt hat. Dies muss auch nach Änderung der Abrechnungsmodalitäten weg von den Mehrerlösen als Teil des Krankenhausbudgets, wie dies in § 12 Abs. 2 S. 4 BPflV a.F. vorgesehen war, hin zu einer prozentualen Anpassung der jeweils zu zahlenden Fallpauschale<sup>1466</sup> gelten. Hierbei handelt es sich nur um

---

<sup>1463</sup> Diese Regelung wurde eingeführt m.W.v. 25.3.2009 durch das Gesetz zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009 (Krankenhausfinanzierungsreformgesetz – KHRG), BGBl. I 2009, S. 534.

<sup>1464</sup> Zum Ganzen vgl. MedR-Komm/Becker, § 4 KHEntgG Rn. 35; im Übrigen gilt, dass wenn ein Krankenhaus seine Zulassung nach § 108 SGB V verliert, insbesondere bei Herausnahme aus dem Landeskrankenhausplan, eine Schließung i.S.d. § 5 Abs. 4 KHEntgG vorliegt, s. ebd. Rn. 36.

<sup>1465</sup> Entwurf eines Gesetzes zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009.

(Krankenhausfinanzierungsreformgesetz – KHRG), BT-Drs. 16/10807, S. 30.

<sup>1466</sup> Welche gem. § 5 Abs. 4 S. 1 KHEntgG nur noch gesondert in der Rechnung auszuweisen sind.



eine technische Änderung der Abrechnung<sup>1467</sup>, nicht etwa war damit eine materiellrechtliche Änderung bezweckt.<sup>1468</sup>

Der eingangs zitierte Vergleich zur Person des Selbstzahlers ist deshalb nicht tragend, weil dieser eben nicht an den Budgetverhandlungen teilnimmt und allein deshalb keinen Ausgleichsanspruch hat, weil dieser dem Krankenhaus zu keinem Zeitpunkt ein Budget zu Verfügung gestellt hat, was auszugleichen wäre. Vielmehr profitiert dieser im Folgejahr durch eine niedrigere Fallpauschale, so dass die Situation mit derjenigen der Krankenkasse nicht vergleichbar ist.<sup>1469</sup>

Somit ist festzuhalten, dass es sich bei den Mehrerlösausgleichen nach KHEntgG um Ansprüche i.S.d. § 38 InsO handelt.<sup>1470</sup>

### 3. Persönliche Haftung des Schuldners

Zudem muss es sich um einen persönlichen Anspruch handeln; dingliche Ansprüche begründen nicht die Stellung als Insolvenzgläubiger, sondern als Aussonderungsberechtigter nach den §§ 47 f. oder als Absonderungsberechtigter nach den §§ 49 ff. InsO. Mit diesem Tatbestandsmerkmal erfolgt eine Abgrenzung der Schuldnerstellung im Verhältnis zu den „dinglichen“ Gläubigern,

---

<sup>1467</sup> So auch *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht § 11 KHEntgG Rn. 7.

<sup>1468</sup> In der Gesetzesbegründung heißt es einfach: „Absatz 4 Satz 1 gibt vor, dass die genannten Ausgleichs zusammengefasst und über einen gemeinsamen Zu- oder Abschlag verrechnet werden. Die Höhe des Zu- oder Abschlags wird bei der Rechnungsstellung mit Hilfe eines Prozentsatzes ermittelt, der auf den Rechnungsbetrag für Entgelte, die in das Erlösbudget nach § 4 und die Erlössumme nach § 6 Abs. 3 eingehen, angewendet wird“, s. Entwurf eines Gesetzes zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009 (Krankenhausfinanzierungsreformgesetz – KHRG, BT-Drs. 16/10807, S.29).

<sup>1469</sup> Insoweit ist die Aussage *Quaas* richtig, dass der Selbstzahler keinen Ausgleichsanspruch hat. Dies liegt hingegen nicht an der mangelnden Anspruchsqualität der Mehrerlösausgleiche, sondern im System selbiger begründet.

<sup>1470</sup> So *Wernick*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 34, allerdings mit der Begründung, dass, würde man die Mehrerlösausgleiche nicht als Insolvenzforderung ansehen, dies eine Bevorzugung der Krankenkassen zur Folge hätte, da diese ihre Forderung nicht zur Tabelle anmelden und eine bloß anteilige Befriedigung befürchten müssten, sondern diese im Wege der prozentualen Verrechnung im Wege der folgenden Budgetverhandlungen umfänglich geltend machen könnten. Diesem tatsächlichen Befund ist zuzustimmen, allerdings kann der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht dazu dienen, dogmatisch eine Anspruchseigenschaft zu konstruieren. Die Gläubigergleichbehandlung ist ein spezifisch insolvenzrechtliches Gerechtigkeitspostulat, wonach wirtschafts-, sozial- und fiskalpolitische Argumente keine Ungleichbehandlung rechtfertigen können, weil für die haftungsrechtliche Zuweisung der Insolvenzmasse ausschließlich das Privatrecht ausschlaggebend ist. Damit dieser Grundsatz zur Anwendung gelangt, bedarf es aber einer vorrangigen Klärung, ob überhaupt Ansprüche vorliegen, oder ob es sich bei den Mehrerlösausgleichen um eine bloße Abrechnungstechnik handelt. Deshalb ist auch das Argument von *Ziegler* im Ergebnis nicht zielführend, eine Nichtberücksichtigung als Insolvenzforderung führe dazu, dass die künftigen Pflegesätze mit einem Ausgleichsbetrag belastet würden und deshalb die durch das ESUG angestrebte Förderung der Weiterführung von Unternehmen nach der Sanierung unterlaufen werden würden, s. *ders.*, ZInsO 2014, 1577, 1585 f. Zum Grundsatz des *par conditio creditorum* und seinen Durchbrechungen ausführlich *Weiland*, *Par conditio creditorum*.

welchen der Schuldner nicht mit seinem gesamten Vermögen haftet, sondern lediglich mit einzelnen Gegenständen.<sup>1471</sup>

Kein Vermögensanspruch i.S.d. § 38 InsO stellen deshalb insolvenzfeste dingliche Rechte dar, die die Vorzugsrechte nach §§ 47 bis 52, 106 InsO gewähren.<sup>1472</sup>

Es wurde bereits aufgezeigt, dass es sich bei dem Mehrerlösausgleich um Vermögensansprüche handelt. Für diesen steht vorliegend kein bestimmter Haftungsgegenstand ein, der dazu führen würde, dass der belastete Gegenstand nicht zur gemeinschaftlichen Befriedigung der übrigen Insolvenzgläubiger zur Verfügung steht.<sup>1473</sup> Weder handelt es sich bei dem Anspruch der Krankenkasse auf Mehrerlösausgleich um einen dinglichen Herausgabeanspruch, noch richtet sich dieser wie in den Fällen der Absonderung gem. §§ 49 ff. InsO auf Befriedigung aus bestimmten Gegenständen des Schuldnervermögens. Zudem haftet auch nicht alleinig „das Budget“, welches insoweit auch kein Vermögensgegenstand des Krankenhauses ist, sondern, wie bereits § 5 Abs. 5 S. 1 KHEntG zeigt, das gesamte Vermögen des Krankenhausträgers.

#### **4. Begründetheit der Forderung**

Damit ist zu klären, wann der Anspruch der Krankenkassen auf Ausgleich eines Mehrerlöses entsteht.

##### **a) Periodizität des Mehrerlösausgleichsanspruchs im System der Krankenhausfinanzierung**

Im Allgemeinen gilt, dass die Ausgleichsquoten für Mehr- oder Mindererlöse zu dem jeweiligen Jahr gehören, für das das flexible Budget vereinbart wurde.<sup>1474</sup> Dies folgt aus dem Grundsatz der Prospektivität.<sup>1475</sup> Das KHEntG nimmt in § 4 Abs. 2 S. 4 und § 15 Abs. 1 eine strenge Erlöszuordnung vor, welcher der Grundsatz einer spezifisch budgetrechtlichen Periodizität der Erlöse zugrunde liegt, so dass bspw. die Einbeziehung periodenfremder Erträge in einen später erfolgenden Erlösausgleich systemwidrig wäre.<sup>1476</sup>

Aus dieser ersten Erkenntnis der Periodizität der Erlösausgleiche lässt sich hingegen noch kein Ergebnis gewinnen, wann der einzelne Anspruch auf Ausgleich entsteht, den die Krankenkasse im darauffolgenden Vereinbarungszeitraum geltend machen kann. Hier kommen grundsätzlich drei Zeitpunkte in Betracht: 1. die prospektive Budgetvereinbarung, 2. die Überschreitung der jeweiligen vereinbarten Leistungszahl, d.h. die positive Abweichung der Ist- von der Soll-Leistung oder 3. der Zeitpunkt der der Überschreitung folgenden prospektiven Budgetverhandlung.

---

<sup>1471</sup> HambKomm/Liüdtk, § 38 Rn. 7.

<sup>1472</sup> Ebd.; ferner MüKoInsO/Ehrcke, § 38 Rn. 10.

<sup>1473</sup> Hierzu MüKoInsO/Ehrcke, § 38 Rn. 10.

<sup>1474</sup> Genzel/Degener-Hencke, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rn. 186.

<sup>1475</sup> Zum Grundsatz der Prospektivität vgl. Dettling/Niedziolka, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 17 KHG Rn. 27 ff.

<sup>1476</sup> Hierzu s. MedR-Komm/Becker, § 4 KHEntG Rn. 38.

## b) Begründetsein i.S.v. § 38 InsO

Der Anspruch müsste zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens<sup>1477</sup> begründet gewesen sein. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Forderungen des Insolvenzverwalters sind Masseverbindlichkeiten gem. §§ 53, 55 InsO oder vom natürlichen Schuldner selbst begründete Neuverbindlichkeiten, die sein insolvenzfreies Vermögen betreffen.<sup>1478</sup> Damit dient der Begriff des „begründeten“ Vermögensanspruchs dazu, die als Insolvenzforderungen vom Insolvenzverfahren erfasst Verbindlichkeiten gegenüber nicht berücksichtigungsfähigen Rechtspositionen, Neuschulden und Masseverbindlichkeiten abzugrenzen.<sup>1479</sup>

In den Worten des BGH<sup>1480</sup> liegt eine Insolvenzforderung vor, „wenn der anspruchsbegründende Tatbestand schon vor Verfahrenseröffnung abgeschlossen ist, mag sich eine Forderung des Gläubigers daraus auch erst nach Beginn des Insolvenzverfahrens ergeben. Nur die schuldrechtliche Grundlage des Anspruches muss schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sein.“

Ein Anspruch ist damit dann eine Insolvenzforderung, wenn der Rechtsgrund der Entstehung der Forderung vor der Verfahrenseröffnung bereits vollständig gegeben, also abgeschlossen war.<sup>1481</sup> Unerheblich ist demgegenüber, ob die Forderung bei Insolvenzeröffnung fällig war, schon als aufschiebend bedingte Forderung existiert oder erst nach Verfahrenseröffnung durch Einbringung der geschuldeten Leistung seitens des Gläubigers entsteht.<sup>1482</sup> Damit ist unter „begründet“ etwas anderes zu verstehen als unter „entstanden“.

Der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ist deshalb entscheidungserheblich, weil mit diesem Zeitpunkt der Gläubigereinfluss nebst Vermögensumsetzung im Schuldnervermögen endet.<sup>1483</sup>

Keine Insolvenzforderung liegt mithin vor, wenn der Tatbestand für die Entstehung in vollem Umfang erst nach der Eröffnung des Verfahrens erfüllt ist.<sup>1484</sup> Aus den historischen Materialien zu § 2 Konkursordnung (KO), welcher dem heutigen § 38 InsO entspricht, kann der Schluss gezogen werden, dass jedenfalls solche Forderungen keine Insolvenzforderungen sein können, die auf einer Handlung des Schuldners nach Insolvenzeröffnung beruhen, da es der Schuldner nicht in der Hand haben soll, die Schuldenmasse zu vermehren.<sup>1485</sup> Damit ist eine Forderung jedenfalls dann als noch nicht begründet anzusehen, wenn sie noch von einer weiteren Handlung des Schuldners abhängt. Durch §

---

<sup>1477</sup> Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt durch Beschluss des Insolvenzgerichts nach § 27 InsO, aus dem sich auch der maßgebende Zeitpunkt der Eröffnung ergibt, vgl. § 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO. Zur Eröffnung des Verfahrens durch Eröffnungsbeschluss gem. § 27 Abs. 1 InsO und dessen Wirkungen ausführlich Uhlenbruck/*Zipperer*, InsO, § 27; MüKoInsO/*Schmahl/Busch*, § 27.

<sup>1478</sup> S. ebd., Rn. 14.

<sup>1479</sup> Hierzu BVerwG, Urteil v. 26.2.2015 – 3 C 8.14 = NZI 2015, 629, 630.

<sup>1480</sup> BGH, Urteil v. 22.09.2011 - IX ZB 121/11 = NZI 2011, 953 f.

<sup>1481</sup> S. *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 38 Rn. 79; Graf-Schliecker/*Bremen*, InsO, § 38 Rn. 16.

<sup>1482</sup> Statt vieler K. Schmidt/*Büteröwe*, InsO, § 38 Rn. 15.

<sup>1483</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 16.10.

<sup>1484</sup> S. *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 38 Rn. 83.

<sup>1485</sup> Herausgearbeitet und m.w.N. bei *Blum*, Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit in der Insolvenz, S. 165; ferner *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 38 Rn. 88.

38 InsO soll somit erreicht werden, dass alle aus dem vorinsolvenzrechtlichen Handeln des späteren Schuldners resultierenden Forderungen gemeinschaftlich aus dem zur Zeit des Insolvenzverfahrens bestehenden Vermögen des Schuldners anteilig befriedigt werden sollen.<sup>1486</sup>

## **5. Anknüpfungspunkt für das Entstehen von Mehrerlösausgleichsansprüchen**

Somit stellt sich die entscheidungserhebliche Frage, was den anspruchsbegründenden Tatbestand hinsichtlich der Mehrerlösausgleichsansprüche darstellt.

### **a) prospektive Budgetvereinbarung für den Vereinbarungszeitraum**

Als frühestmöglicher Entstehungszeitpunkt für den Anspruch auf Mehrerlösausgleich kommt die Vereinbarung desjenigen prospektiven Budgets in Betracht, in dessen Vereinbarungszeitraum die Leistungsmenge überschritten wird.

### **b) Überschreitung der Leistungszahlen**

Abweichend davon kommt als möglicher Entstehungszeitpunkt auch die Überschreitung der in den Budgetverhandlungen des jeweiligen Leistungszeitraums definierten Leistungsmenge in Betracht.<sup>1487</sup>

### **c) Budgetvereinbarung des Folgejahres**

Weiterhin kommen die im darauffolgenden Jahr stattfindenden Budgetvereinbarungen i.S.d. §§ 4, 11 KHEntgG in Betracht. Hierfür spricht der Wortlaut des § 11 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, wonach die Mehr- oder Mindererlösausgleiche *zu vereinbaren sind*.

### **d) Stellungnahme unter Berücksichtigung insolvenzrechtlicher Dogmatik**

Etwas bildhaft formuliert kommt es für das Begründetsein i.S.d. Insolvenzrechts darauf an, dass der Schuldrechtsorganismus, aus dem der Anspruch fließt, und nicht schon die Forderung selbst bereits zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung besteht.<sup>1488</sup>

In Bezug auf die Frage, wann Mehrerlösausgleiche entstehen, ist ausgehend vom Wortlaut der einschlägigen krankenhausrechtlichen Normen eine Einordnung in die insolvenzrechtliche Systematik vorzunehmen.

#### *aa) Krankenhausrechtliche Systematik*

Dass der rechtliche Lebenssachverhalt, welcher zur Entstehung der Forderung führt, nicht die *nachfolgenden* Budgetvereinbarungen sein können, zeigt sich

---

<sup>1486</sup> Hierzu *Blum*, Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit in der Insolvenz, S. 167.

<sup>1487</sup> Dies vertretend *Ziegler*, ZInsO 2014, 1577, 1586.

<sup>1488</sup> S. bereits oben Erster Teil I. D. III. 4.

deutlich an der Regelung des § 5 Abs. 5 KHEntgG, welcher auch für den Fall der Schließung eines Krankenhauses und dem damit einhergehenden Ausbleiben von Budgetverhandlungen eine Ausgleichsvereinbarung vorsieht. Nicht stichhaltig ist es anzuführen, dass § 5 Abs. 5 KHEntgG überflüssig wäre, wenn die Ansprüche nicht erst mit Verhandlung des Budgets, sondern bereits mit Überschreitung der Leistungsmenge entstünden. Wie sich bereits aus dem Wortlaut der Norm ergibt, welche die Abrechnung, d.h. die Ausgleichsmodalität regelt, kommt dieser Norm kein materiellrechtlicher Gehalt zu. Eine solche Sichtweise wird im Übrigen durch den Verweis auf Abs. 4 gestützt, welcher ebenfalls nur die Abrechnungsmodalität über die prozentuale Verringerung der Fallpauschalen regelt. Ein Verweis auf § 4 Abs. 3 KHEntgG, welcher nach hier vertretener Auffassung zentraler materiellrechtlicher Anknüpfungspunkt für das Entstehen der Forderung ist, fehlt.<sup>1489</sup>

Auch der Wortlaut des § 11 Abs. 1 KHEntgG lässt keinen anderen Schluss zu. Insoweit bezieht sich die Umschreibung „zu vereinbaren“ auf die Regelung in § 4 Abs. 3 KHEntgG, dass für bestimmte Fallpauschalen andere Regelungen vereinbart werden sollen.<sup>1490</sup>

Keine andere Bewertung lässt die Umschreibung in § 5 Abs. 4 KHEntgG zu, wonach ein entsprechender Prozentsatz zu ermitteln und *zu vereinbaren ist*. Im Kontext mit § 4 Abs. 3 KHEntgG und dem Grundsatz der Beitragssatzstabilität, in dessen Lichte die Mehrerlösausgleiche zu sehen sind, wird deutlich, dass die Frage des Ob des Mehrerlösausgleichs den Vertragsparteien nicht obliegt. Stattdessen bezieht sich die Formulierung der Vereinbarung auf die Abrechnungsmodalitäten, insbesondere bezogen auf den Umstand der unterjährigen Verhandlungen und die Kappungsgrenze nach § 5 Abs. 4 S. 3 KHEntgG sowie einen Sonderzuschlag nach § 5 Abs. 4 S. 4 KHEntgG.<sup>1491</sup> Die Frage, ob ein Mehrerlösausgleich stattzufinden hat, ist hingegen unabhängig dieser Regelungen.

#### *bb) Parallelität zur Behandlung von Steuerforderungen in der Insolvenz*

Diese Einordnung wird auch der insolvenzrechtlichen Kasuistik gerecht. Hierzu sei zunächst ein Blick auf die insolvenzrechtliche Behandlung von Steuerforderungen geworfen.

Eine öffentlich-rechtliche Beitragsforderung ist Insolvenzforderung, wenn sie vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Weise begründet worden ist, dass der zugrundeliegende Sachverhalt, der zur Entstehung der Beitragsforderung führt, bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwirklicht worden ist.<sup>1492</sup>

---

<sup>1489</sup> So spricht § 4 Abs. 3 KHEntgG davon, dass Mehrerlöse auszugleichen *sind*, die Budgetvereinbarungen ändern an dem „ob“ des Ausgleichs nichts.

<sup>1490</sup> Zu diesem Verweis *Tuschen/Trefz*: Krankenhausentgeltgesetz, Erl. § 11 Abs. 1 S. 1 KHEntgG.

<sup>1491</sup> Hierzu auch *Vollmöller*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 5 KHEntgG Rn. 23 f.

<sup>1492</sup> Hierzu *Uhlenbruck/Sinz*, InsO, § 38 Rn. 28; ferner *Henckel*, in: Jaeger, InsO, § 38 Rn. 26; plastisch *HambKomm/Lüdtke*, § 38 Rn. 52: „Das Steuerrecht regelt die Entstehung der Steuerforderung, die InsO ihre Einordnung und Behandlung im Insolvenzverfahren“.

Nach § 38 AO entstehen Ansprüche aus dem Steuerverhältnis, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Steuergesetz seine Leistungspflicht knüpft, unerheblich ist hingegen, ob und wann die Steuer festgesetzt wird<sup>1493</sup> und wann die Steuer zu entrichten, also fällig<sup>1494</sup> wird.<sup>1495</sup> Vereinfacht gesagt kommt es darauf an, ob der zugrundeliegende zivilrechtliche Sachverhalt, der zur Entstehung der Steuerforderung führt, vor Verfahrenseröffnung verwirklicht wurde, auch wenn die Steuer erst später steuerrechtlich entsteht.<sup>1496</sup>

Bezogen auf die Mehrerlösausgleiche ist der anknüpfungserhebliche Zeitpunkt damit die Überschreitung der Leistungsmenge und der darauf basierenden Zahlung der Krankenkasse und nicht die Vereinbarung des darauffolgenden Krankenhausbudgets.<sup>1497</sup> Dies liegt daran, dass der Umstand, der letztlich zum Ausgleich von Mehrerlösen führt, nicht die Budgetverhandlungen als solche sind, mögen diese auch die Rahmenbedingungen des Ausgleichs festlegen, sondern der tatsächliche Vorgang der Leistungserbringung an die Versicherten und die sich hieran anschließende Vergütung der Krankenkasse.

#### cc) Dauerschuldverhältnisse

Weiterhin bietet sich ein Vergleich zur insolvenzrechtlichen Behandlung von Dauerschuldverhältnissen an. Ein Dauerschuldverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die vertragliche Beziehung nicht in einem einfachen, punktuellen Leistungsaustausch erschöpft, sondern zeitlich gestreckt ist und einen mehrfachen Leistungsaustausch vorsieht.<sup>1498</sup>

Bei Dauerschuldverhältnissen mit wiederkehrenden Ansprüchen wird unterschieden, ob diese aus einem einheitlichen, bereits vor Eröffnung begründeten, „Stammrecht“ folgen oder als „Einzelansprüche“ jeweils neu entstehen.<sup>1499</sup> Ein Einzelanspruch liegt vor, wenn die wechselseitigen Ansprüche von jeweils neu zu erbringenden Gegenleistungen abhängen.<sup>1500</sup>

---

<sup>1493</sup> § 155 Abs. 1 S. 1 AO lautet: „Die Steuern werden, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, von der Finanzbehörde durch Steuerbescheid festgesetzt“.

<sup>1494</sup> § 220 Abs. 2 S. 1 I. Hs. lautet: „Fehlt es an einer besonderen gesetzlichen Regelung über die Fälligkeit, so wird der Anspruch mit seiner Entstehung fällig“.

<sup>1495</sup> Hierzu *Henckel*, in: *Jaeger, InsO*, § 38 Rn. 126.

<sup>1496</sup> So *HambKomm/Lüdtke*, § 38 Rn. 52; anzumerken ist, dass diese Grundaussage in der Umsetzung für die einzelnen Steuerarten wiederum strittig ist. Bspw. gilt für die Grundsteuer gem. § 9 Abs. 2 GRStG das Stichtagsprinzip, wonach sie mit Beginn des Kalenderjahres entsteht und damit für das gesamte Jahr begründet ist. Nach *Lüdtke* ist diese deshalb für das ganze Jahr der Insolvenzeröffnung eine Insolvenzforderung, s. *HambKomm/ders.*, § 38 Rn. 55, wohingegen sich bspw. *Henckel* für eine Aufteilung bezogen auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausspricht, s. *ders.* in: *Jaeger, InsO*, § 38 Rn. 147. Letzteres scheint im Hinblick auf die alleinige Maßgeblichkeit des Insolvenzrechts überzeugender.

<sup>1497</sup> Dieser Sichtweise auch folgend *Wernick*, wonach ein Anspruch auf Zahlung mit dem Vorliegen der jeweils definierten gesetzlichen Voraussetzungen entstehe und nicht von der Vereinbarung im Budgetverfahren abhängig ist, s. *ders.*, in: *Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht*, § 20 Rn. 34.

<sup>1498</sup> Hierzu *MüKoBGB/Gaier*, § 314 Rn. 5.

<sup>1499</sup> Statt vieler *Henckel*, in: *Jaeger, InsO*, § 38 Rn. 158.

<sup>1500</sup> *K. Schmidt/Buteröwe, InsO*, § 38 Rn. 17.

Der entstehende Einzelanspruch ist dann entweder Masseverbindlichkeit, wenn er sich auf die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bezieht oder Insolvenzforderung für die Zeit vor Verfahrenseröffnung. Resultieren Ansprüche aus einem vor der Eröffnung entstandenen Recht, so sind die nach Eröffnung erst fällig gewordenen Ansprüche bereits vor Eröffnung begründet gewesen und damit Insolvenzforderung, soweit diese Ansprüche mit dem Stammrecht endgültig begründet waren und lediglich noch den Ablauf eines bestimmten Zeitraums voraussetzen.<sup>1501</sup>

Bezogen auf die Entgelte kommt dem Budget nicht die Qualifikation eines Dauerschuldverhältnisses zu, denn aus den heutigen Erlösbudgets lassen sich keine Entgelte mehr ableiten. Deren Höhe ist von der Höhe des Erlösbudgets unabhängig. Das Erlösbudget hat daher heute nur noch für den Erlösausgleich des § 4 Abs. 3 KHEntgG sowie für den Mehrleistungsabschlag nach § 4 Abs. 2a KHEntgG bzw. ab dem Jahr 2017 für den Fixkostendegressionsabschlag nach § 4 Abs. 2b und § 10 Abs. 13 KHEntgG von Bedeutung.<sup>1502</sup> Jedoch ist das Krankenhaus durch den Versorgungsvertrag<sup>1503</sup> für die Vertragsdauer zur Krankenhausbehandlung der Versicherten zugelassen, § 109 Abs. 4 S. 1 SGB V und erwirbt in diesem Rechtsrahmen einen Anspruch auf Vergütung seiner gegenüber den Versicherten erbrachten Krankenhausleistungen, so dass die Situation in Gesamtschau der Normen mit derjenigen der typischerweise im Rahmen von § 38 InsO diskutierten Dauerschuldverhältnisse vergleichbar ist.

Übertragen auf das krankenhausrechtliche System der Mehrerlösausgleiche lässt sich festhalten, dass der Mehrerlösausgleich jedenfalls zunächst dergestalt von Leistungen des Insolvenzgläubigers – bezogen auf den Vergütungsanspruch – abhängig ist, als die Krankenkasse Vergütungsleistungen an das Krankenhaus erbringen muss. Für die erste Zahlung der Krankenkasse, welche das vereinbarte Budget übersteigt, muss das Krankenhaus einen Ausgleich nach § 4 Abs. 3 KHEntgG leisten. Dies gilt für jede weitere Vergütungsleistung, die durch die Krankenkasse erbracht wird. Dieser Ausgleich ist damit nicht bloß abhängig vom Ablauf des Vereinbarungszeitraums der Pflegesatzverhandlungen, so dass sich nicht allein auf die prospektive Vereinbarung abstellen lässt. Dass die Abrechnung prozentual über die Fallpauschalen des nächsten Jahres erfolgt, ändert an dieser Feststellung erst einmal nichts. Die Erfüllung ist die Verwirklichung des Schuldinhalts; sie ist somit der typische und bestimmungsmäßige Beendigungsgrund des Schuldverhältnisses.<sup>1504</sup> Damit ist die Frage der Erfüllung von der Frage der Entstehung eines Anspruchs zu unterscheiden.

---

<sup>1501</sup> Hierzu zählen insb. betriebliche Pensions- und Rentenansprüche der Arbeitnehmer, Ansprüche aus Leibrentenvertrag und Rentenansprüche gem. §§ 618 Abs. 3, 843, 845 BGB, 62 Abs. 3 HGB, s. Uhlenbruck/Sinz, InsO, § 38 Rn. 58; hierzu auch Henckel, in: Jaeger, InsO, § 38 Rn. 158; Graf-Schliecker/Bremen, InsO, § 38 Rn. 16.

<sup>1502</sup> Hierzu vgl. Gampel, PdK Bu H-10c, § 4 KHEntgG.

<sup>1503</sup> Beachte insoweit die Fiktion für Plankrankenhäuser des § 109 Abs. 1 S. 2 SGB V: „Bei den Hochschulkliniken gilt die Anerkennung nach den landesrechtlichen Vorschriften, bei den Plankrankenhäusern die Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan nach § 8 Abs. 1 Satz 2 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes als Abschluss des Versorgungsvertrages“.

<sup>1504</sup> MüKoBGB/Fetzer, § 362 Rn. 1.

Eine solche Einordnung spricht ebenfalls dafür, für die Abgrenzung im Rahmen des § 38 InsO auf den Zeitpunkt der Leistungsüberschreitung abzustellen.

*dd) Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung*

Diese Auffassung steht auch im Einklang mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Würde man einen anderen Zeitpunkt als maßgeblich ansehen, bspw. den nachfolgenden Abschluss der Budgetverhandlungen, läge es durch eine Verzögerung der Einigung in den Pflegesatzverhandlungen in der Hand des Gläubigers, das Entstehen des Anspruches zu beeinflussen und sich durch die Einordnung als Masseanspruch einen Vorteil zu verschaffen.

*ee) Ergebnis*

Somit ist für die Entstehung des Anspruches der Krankenkasse auf Ausgleich von Mehrerlösen die Überschreitung der definierten Leistungsmenge entscheidend. Gemeint ist hiermit derjenige Zeitpunkt, in dem das Krankenhaus eine Behandlungsleistung gegenüber dem Patienten erbringt, mithin der Vergütungsanspruch entsteht und nicht etwa der Zeitpunkt, in dem der Vergütungsanspruch erfüllt wird oder die Rechnung der Krankenkasse zugeht.<sup>1505</sup> Dass es nicht auf die Erfüllung durch die Krankenkasse ankommt, ist in dem Umstand begründet, dass bereits mit Überschreitung der Leistungsmenge, also der tatsächlichen Behandlung, die Krankenkasse eine gesicherte Anwartschaft auf Ausgleich innehat, die nicht mehr einseitig durch Handlung des Krankenhauses in seiner Schuldner-eigenschaft verhindert werden kann.<sup>1506</sup>

## **6. Zusammenfassung**

Die Untersuchung hat gezeigt, dass der Anspruch auf Ausgleich von erzielten Mehrerlösen nicht schon mit der prospektiven Budgetvereinbarung, aber ebenso auch nicht erst mit der nächstjährigen Budgetvereinbarung, sondern im Zeitpunkt der Überschreitung der vereinbarten Leistungsmenge entsteht.

Insoweit ist die Ausgleichsverbindlichkeit des Krankenhauses auf den Stichtag des Insolvenzverfahrens sachgerecht abzugrenzen. Diejenigen Anteile, die die Zeit vor Einleitung des Insolvenzverfahrens betreffen, sind Insolvenzforderungen der Krankenkasse und im Rahmen des Insolvenzverfahrens geltend zu machen.<sup>1507</sup> Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Mehrerlösausgleiche sind Masseverbindlichkeiten i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 InsO.<sup>1508</sup>

---

<sup>1505</sup> Dies wird für die Behandlung des vertragsärztlichen Honoraranspruchs zum Teil anders gesehen, welcher erst nach Prüfung sämtlicher von den Vertragsärzten eingereichter Abrechnungen und der darauf basierenden Errechnung der Verteilungspunktwerte entstehen solle. Insolvenzrechtlich maßgeblicher Zeitpunkt für das Entstehen des jeweiligen Anspruchs sei der Eingang der Honorarabrechnung des Arztes bei der kassenärztlichen Vereinigung, s. etwa OLG Hamm, Urteil v. 2.03.2017 – 27 U 31/16 = NZI 2017, 525; auf den Zeitpunkt der Leistungserbringung abstellend hingegen BGH, Urteil v. 11.05.2006 – IX ZR 247/03 = NZI 2006, 457.

<sup>1506</sup> Vgl. zu diesem Merkmal K. Schmidt/Bütteröwe, InsO, § 38 Rn. 16.

<sup>1507</sup> Zustimmung Wernick, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 34.

<sup>1508</sup> So auch im Ergebnis Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1586; diese Aufteilung wird auch bei der insolvenzrechtlichen Einordnung der Einkommenssteuer als Insolvenzforderung oder



#### IV. Behandlung von Mindererlösen in der Insolvenz

Die Behandlung des Mindererlösausgleichs ist vergleichsweise unproblematisch und soll hier nur am Rande erwähnt werden. Der Mindererlösausgleich stellt wie bereits dargestellt eine Forderung des insolventen Krankenhauses gegen die Krankenkasse dar, welche vom Insolvenzverwalter zur Masse<sup>1509</sup> eingezogen wird.<sup>1510</sup>

Der Forderungseinzug gehört im Hinblick auf den Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts gem. § 80 InsO sowie auf das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung gem. § 89 InsO zu den Kernpflichten des Insolvenzverwalters.<sup>1511</sup>

Da es bei Mindererlösen im Vergleich zu erzielten Mehrerlösen nicht zu einer Überschreitung der definierten Leistungsmenge kommt, scheidet dieser Zeitpunkt als Anknüpfung für das Entstehen der Forderung des Krankenhauses aus. Vielmehr entstehen Mindererlösausgleichsansprüche mit Ablauf des budgetrechtlichen Vereinbarungszeitraums, also i.d.R. am Ende eines Kalenderjahres, wenn feststeht, in welchem Umfang das vereinbarte Leistungsziel verfehlt wurde.

Problematisch ist einzig, dass bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht bekannt ist, ob die Erlöse hinter den prognostizierten Leistungen zurückbleiben, so dass sich Schwierigkeiten für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens ergeben können.<sup>1512</sup>

#### V. Uneigentlicher Mehrerlösausgleich

Wie bereits erwähnt ist ein Mehrerlösausgleich nicht vorzunehmen, wenn die Erlöse für Leistungen des Krankenhauses angefallen sind, die außerhalb des Versorgungsauftrages erbracht wurden; dies wird als sog. uneigentlicher Mehrerlösausgleich bezeichnet. Bei den uneigentlichen Mehrerlösausgleich

---

Masseverbindlichkeit vorgenommen, hierzu MüKoInsO/Schüppen/Ruh, § 38 Rn. 44, wonach das Steuerrecht die Höhe einer Steuerschuld bestimmte und das Insolvenzrecht, gegen welche Vermögensmasse und in welcher Form eine Steuerforderung geltend zu machen sei. Die Steuerforderungen sind demnach je nach Zugehörigkeit der entsprechenden Einkünfte zur Insolvenzmasse durchzusetzen. Die einheitlich ermittelte Jahressteuerschuld ist damit eine Insolvenzforderung für den auf die Zeit vor der Verfahrenseröffnung entfallenden Teil der Einkommenssteuerschuld und eine Masseverbindlichkeit für die Steuer, die auf durch die Insolvenzverwaltung erzielten Gewinne beruht, vgl. hierzu ferner Hess, InsO, § 38 Rn. 126; Henckel, in: Jaeger, InsO, § 38 Rn. 135 (mit dem Hinweis, dass dies bei der Progression des Einkommenssteuertarifs Schwierigkeiten bereite).

<sup>1509</sup> Gem. § 35 Abs. 1 InsO ist die Insolvenzmasse „das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt“; zur Zugehörigkeit von Forderungen zur Insolvenzmasse vgl. auch MüKoInsO/Peters, § 35 Rn. 383 ff.

<sup>1510</sup> So auch Wernick, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 34 (1. Auflage); Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1586.

<sup>1511</sup> BGH, Urteil v. 03.03.2016 – IX ZR 119/15 = NJW-RR 2016, 686; zu den Pflichten des Insolvenzverwalters vgl. auch K. Schmidt/Thole, InsO, § 60 Rn. 16.

<sup>1512</sup> Hierzu Wernick, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 20 Rn. 34; zur praktischen Umsetzung des Forderungseinzugs vgl. Ringsteiner, in: Mohrbuter/ders., Hd. Insolvenzverwaltung, § 23 Rn. 138 ff.

handelt es sich um öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche<sup>1513</sup> der Krankenkasse gegen das Krankenhaus für zu Unrecht erfolgte Zahlungen, da die gesetzlichen Krankenkassen lediglich solche Leistungen vergüten dürfen und müssen, die innerhalb des Versorgungsvertrages ausgeführt wurden.<sup>1514</sup>

Es wurde bereits aufgezeigt, dass ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gem. § 49a Abs. 1 VwVfG bereits dann begründet und damit Insolvenzforderung ist, wenn vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Widerrufsgrund der Zweckverfehlung gem. § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VwVfG gegeben ist. Zwar entsteht ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch i.S.d. § 49a VwVfG erst mit Aufhebung des Verwaltungsaktes, allerdings kommt es für die Begründung des Anspruches i.S.v. § 38 InsO entscheidend darauf an, dass der Widerruf seinen tragenden Grund bereits aus dem tatbestandlichen Vorliegen des Widerrufsgrundes erfährt.

Dieser Einordnung folgend kommt es für die uneigentlichen Erlösausgleiche einzig auf die Vermögensverschiebung, also die Erfüllung der vermeintlichen Zahlungsverpflichtung durch die Krankenkasse, an. Das Merkmal „ohne Rechtsgrund“ bedarf hier verwaltungsrechtlich nicht erst des Widerrufs eines Verwaltungsaktes, so dass nicht der tatsächliche Zeitpunkt der Widerrufserklärung als maßgeblicher Zeitpunkt i.S.d. § 38 InsO in Betracht kommt, sondern ist bereits dadurch erfüllt, dass die Leistungserbringung und die darauf basierende Vergütung nicht im Rahmen des Versorgungsauftrags lagen. Der Erstattungsanspruch entsteht mithin – insolvenzrechtlich – mit der tatsächlichen Zahlung als Eintritt der Tatbestandsvoraussetzung der Leistung ohne Rechtsgrund.

Soweit die Krankenkasse als Gläubiger des Erstattungsanspruches die zu Unrecht erfolgte Zahlung an das Krankenhaus vor Verfahrenseröffnung geleistet hat, handelt es sich um einen Insolvenzananspruch. In Bezug auf Erstattungsansprüche für Zahlungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist die jeweilige Krankenkasse hingegen Massegläubiger i.S.d. §§ 53, 55 InsO.

## VI. Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, dass sich das System der Mehr- und Mindererlösausgleiche trotz der krankenhaushrechtlichen Besonderheiten insolvenzrechtlich handhabbar machen lässt, soweit man die Abrechnung über die Pflegesätze des künftigen Vereinbarungszeitraums als bloße „Zahlungstechnik“ begreift und deren Regelung in § 5 KHEntgG keine materielle Wirkung zukommen lässt.

Dieser Prämisse folgend sind die Mehrerlösausgleiche als Ansprüche i.S.d. § 38 InsO einzuordnen, deren insolvenzrechtlicher Entstehungszeitpunkt entscheidend von der Überschreitung der vereinbarten Leistungsmenge abhängt.

Die Behandlung der Mindererlöse ist demgegenüber ohne dogmatische Schwierigkeiten zu bewältigen und bringt eher denn praktische Probleme für die Einziehung durch den Insolvenzverwalter mit sich.

---

<sup>1513</sup> Zum Rechtsinstitut des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches vgl. ausführlich *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 537 ff.

<sup>1514</sup> Ausführlich *Schrinner*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 6 Rn. 34.

Die uneigentlichen Mehrerlösausgleiche sind öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche und dementsprechend abhängig vom Zeitpunkt der Entstehung entweder als Insolvenzforderung oder Masseverbindlichkeit zu behandeln.

Die angesprochene Problematik ist deshalb besonders interessant, weil sie an der Schnittstelle von öffentlichem Recht und Insolvenzrecht entsteht und eine Verzahnung beider Rechtsgebiete fordert, die die jeweiligen Besonderheiten berücksichtigt. Die aufgezeigte Lösung ermöglicht einen solchen Ausgleich und führt zu sachgerechten Lösungen, insbesondere vermeidet sie die Bevorzugung der Ansprüche der Krankenkassen im Sinne einer umfassenden Gläubigergleichbehandlung.

### **E. Aufbewahrung von Krankenunterlagen**

Aufgrund der Stellung des Insolvenzverwalters als dem allein Verwaltungs- und Verfügungsbefugten treffen ihn auch diejenigen Verpflichtungen zur Aufbewahrung und zum Schutz von Unterlagen, die sich aus dem Pflichtenprogramm des Krankenhausträgers ergeben. In Fällen der übertragenden Sanierung oder Reorganisation mittels Insolvenzplans ist die Aufbewahrung von Patientenunterlagen regelmäßig gewährleistet. Das Augenmerk ist deshalb vorrangig auf die Fälle gescheiterter Sanierungen zu richten, an deren Ende des Insolvenzverfahrens die Schließung des Krankenhausbetriebes steht. Ausgangspunkt ist, dass bei der Einstellung des Insolvenzverfahrens gem. § 211 InsO in aller Regel die Aufbewahrungskosten aus der Masse nicht aufgebracht werden können. Das Gegenstück zur Aufbewahrungspflicht ist in diesem Zusammenhang das in § 630g BGB normierte Einsichtsrecht des Patienten in die Behandlungsunterlagen. Adressat des Einsichtsgesuches ist im Insolvenzfall der Insolvenzverwalter, welcher die weitere Bearbeitung an das ärztliche Personal zu delegieren hat.<sup>1515</sup>

Diese Konfliktlage erregt auch zuweilen öffentliches Aufsehen, so wie im Falle der *Veramed-Privatklinik* aus Meschede, über deren Vermögen im Jahr 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.<sup>1516</sup> Obwohl die Patientenakten in verschlossenen Räumen der Klinik untergebracht wurden, war es Unbefugten gelungen, sich Zugang zu ihnen zu verschaffen.<sup>1517</sup>

### **I. Einzelheiten zur Aufbewahrungspflicht**

Hinsichtlich der Pflicht zur Aufbewahrung von Patientenakten im Insolvenzverfahren trifft die Insolvenzordnung einige Grundentscheidungen. Die

---

<sup>1515</sup> Anders im Falle der Behandlung durch einen Belegarzt, s. *Vallender*, NZI 2013, 1001, 1003; allgemein zum Belegarztwesen vgl. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 16 Rn. 128 ff.

<sup>1516</sup> Die insolvente Betreibergesellschaft war die *E & V Fachkrankenhäuser GmbH*.

<sup>1517</sup> So geschildert in der *Ärztezeitung* v. 03.08.2015, abrufbar unter: [https://www.aerztezeitung.de/praxis\\_wirtschaft/klinikmanagement/article/891310/klinikpleite-sichert-patientenakten.html](https://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/klinikmanagement/article/891310/klinikpleite-sichert-patientenakten.html) (02.02.2018); über die Kosten der Einlagerung wird bis heute gestritten, vgl. hierzu den Bericht aus der *Westfalenpost* v. 12.12.2015, abrufbar unter: <https://www.wp.de/staedte/meschede-und-umland/kaufvertrag-neues-leben-in-der-geisterklinik-bei-meschede-id11373374.html> (02.02.2018).

allgemeine Konturierung dieser Pflicht hingegen ist in den Krankenhausgesetzen der Länder teilweise ausdrücklich vorgenommen.

## 1. Patientenakten

Patientenakten sind in § 630f Abs. 1 BGB ausdrücklich angesprochen und sollen die Dokumentation aller vor, während und nach der Behandlung veranlassenden Maßnahmen umfassen, um die Gesundheit und die derzeitige sowie künftige Behandlung nach medizinischem Standard sicherzustellen.<sup>1518</sup> Zu dokumentieren sind insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen und deren Ergebnisse, Befunde, Therapien und Eingriffe sowie deren Wirkung und Einwilligungen bzw. Aufklärungen.<sup>1519</sup>

Sinn der Dokumentation ist hingegen nicht die Sicherung von Beweisen für den späteren Prozess, mithin ist eine Dokumentation, die aus medizinischer Sicht nicht erforderlich ist, auch aus Rechtsgründen nicht geboten.<sup>1520</sup>

## 2. Die Aufbewahrungspflicht aus insolvenzrechtlicher Sicht

Gem. § 155 Abs. 1 S. 2 InsO trifft den Insolvenzverwalter die Pflicht zur handels- und steuerrechtlichen Rechnungslegung. In diesem Zusammenhang hat der Insolvenzverwalter sämtliche Geschäftsunterlagen, hierzu zählen auch nicht-kaufmännische Unterlagen, wie z.B. Patiententakten<sup>1521</sup>, in Besitz zu nehmen und zu verwalten.<sup>1522</sup> Beantragt der Schuldner hingegen die Eigenverwaltung, erhält er mit dem Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses gem. § 270 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse, womit ihn bis zum Zeitpunkt der Aufhebung des Insolvenzverfahrens die gesetzlichen Aufbewahrungspflichten treffen.<sup>1523</sup> Der Inbesitznahme der Krankenunterlagen steht im Übrigen die ärztliche Schweigepflicht nicht entgegen.<sup>1524</sup>

§ 36 Abs. 2 Nr. 1, 2. Hs. InsO stellt klar, dass die gesetzlichen Pflichten zur Aufbewahrung von Unterlagen unberührt bleiben. Bezogen auf die in Rede stehenden Patientenunterlagen sehen sowohl § 10 Abs. 3 MBO-Ä als auch § 630f Abs. 3 BGB vor, dass ärztliche Aufzeichnungen für die Dauer von 10 Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren sind, soweit nicht nach gesetzlichen Vorschriften eine längere Aufbewahrungspflicht besteht.<sup>1525</sup> Diese Pflicht trifft nun den Insolvenzverwalter.

---

<sup>1518</sup> S. MedR-Komm/Jaeger, § 630f BGB Rn. 3 f.

<sup>1519</sup> S. ebd. Rn. 7; ausführlich zum Einsichtsrecht im Übrigen Kensy, MedR 2013, 767 ff.

<sup>1520</sup> Glanzmann, in: Bergmann/Paue/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, § 630f BGB Rn. 4.

<sup>1521</sup> Zu dieser Frage instruktiv Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rn. 280.

<sup>1522</sup> S. auch Vallender, NZI 2013, 1001, 1002.

<sup>1523</sup> S. ebd.

<sup>1524</sup> Hierzu BGH, Beschluss v. 17.02.2005 – IX ZB 62/04 = NJW 2005, 1505.

<sup>1525</sup> Weitgehende Auflistung einzelner Fristen und Empfehlungen bei Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1586; dabei kommt es nicht auf den letzten Patientenkontakt an, sondern auf den Abschluss einer Erkrankung, mag der Patient auch wegen anderer Umstände erneut erschienen sein, i.Ü. empfiehlt sich im Hinblick auf die Verjährungsfrist im Arzthaftungsprozess – bis zu 30 Jahren – eine längere Aufbewahrung der Unterlagen, hierzu MedR-Komm/Rehborn, § 10 MBO-Ä Rn. 18 f.

Manche Landeskrankenhausgesetze konkretisieren zudem die Aufbewahrungspflicht noch weiter, z.B. hinsichtlich besonderer Schutzmaßnahmen technischer oder organisatorischer Art.<sup>1526</sup>

Wenig problematisch ist es, wenn die Aufbewahrungsfrist abläuft, bevor das Insolvenzverfahren aufgehoben ist; hier ist der Insolvenzverwalter zur Vernichtung der Unterlagen befugt, sollte aber im Einzelfall prüfen, ob nicht eine längere Aufbewahrung angezeigt ist.<sup>1527</sup> Bei der Vernichtung sind die jeweils einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten.<sup>1528</sup> Mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens endet außerdem die Aufbewahrungspflicht des Insolvenzverwalters und das schuldnerische Unternehmen erhält das Recht zurück, über die Insolvenzmasse frei zu verfügen.<sup>1529</sup> Im Falle der Fortführung obliegt dem Schuldner nun auch wieder die Pflicht, die gesetzlichen Aufbewahrungsvorschriften zu erfüllen. Der Insolvenzverwalter hat die nicht mehr benötigten Geschäftsunterlagen/Patientenakte an den Schuldner herauszugeben.<sup>1530</sup>

Weitaus problematischer stellt sich der Umgang mit Patientenakten einerseits in Fällen der übertragenden Sanierung (unter II.), andererseits in den Fällen der Einstellung des Krankenhausbetriebes dar, sei es im Rahmen der vollständigen Beendigung nach der Schlussverteilung i.R.v. § 200 InsO (unter IV.) oder im Falle der Einstellung des Insolvenzverfahrens nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit (unter V.). Zudem ist kurz die Situation im Falle der Eigenverwaltung dazustellen (unter III.).

## **II. Aufbewahrungspflicht im Falle der übertragenden Sanierung**

Im Falle der übertragenden Sanierung<sup>1531</sup>, also der Veräußerung des Krankenhausbetriebes durch den Insolvenzverwalter auf die übernehmende Trägergesellschaft bedarf es einer Regelung im Übertragungsvertrag, wie die Aufbewahrungspflicht künftig zu erfüllen ist, insbesondere muss der Erwerber verpflichtet werden, für die zukünftige Aufbewahrung Sorge zu tragen.<sup>1532</sup> Der Insolvenzverwalter darf keine Unterlagen, die der ärztlichen Schweigepflicht

---

<sup>1526</sup> So bestimmt bspw. Art. 27 Abs. 5 BayKrG, dass „besondere Schutzmaßnahmen technischer und organisatorischer Art zu treffen [sind, so], dass Patientendaten nicht unrechtmäßig verwendet oder übermittelt werden können“.

<sup>1527</sup> Vallender schlägt vor, die Unterlagen nicht zu vernichten, bevor das Ersuchen des Patienten auf Akteneinsicht beschieden worden ist, NZI 2013, 1001, 1003.

<sup>1528</sup> Vgl. auch den Leitfaden der Deutschen Krankenhausgesellschaft „Aufbewahrungspflichten und -fristen von Dokumenten im Krankenhaus“ (Stand September 2015), abrufbar unter: [http://www.dkgv.de/media/file/21281.Anlage\\_DKG-Leitfaden\\_Aufbewahrungspflichten\\_und\\_-fristen\\_2015.pdf](http://www.dkgv.de/media/file/21281.Anlage_DKG-Leitfaden_Aufbewahrungspflichten_und_-fristen_2015.pdf) (02.02.2018).

<sup>1529</sup> Für das Insolvenzplanverfahren ausdrücklich § 259 Abs. 1 S. 2; vgl. allgemein zu den Rechtsfolgen der Aufhebung K. Schmidt/Jungmann, InsO, § 200 Rn. 5 ff.

<sup>1530</sup> Differenziert zur Frage der Rückgabe an das schuldnerische Unternehmen Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 36 Rn.49.

<sup>1531</sup> Im Fokus steht hier die Übertragung in Form eines Asset Deals, hier erfolgt die vollständige oder teilweise Veräußerung der materiellen und immateriellen Vermögensgegenstände des Unternehmens auf einen Dritten, d.h. die Passiva verbleiben im Unternehmen bei gleichzeitiger Herauslösung der Aktiva, ausführlich Uhlenbruck/Zipperer, InsO, § 157 Rn. 7 ff.

<sup>1532</sup> S. Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1587.

unterliegen<sup>1533</sup>, ohne Zustimmung des Patienten auf Dritte übertragen.<sup>1534</sup> Dies ist vornehmlich damit zu begründen, dass der Verwertungsauftrag des § 159 InsO zu keiner Sonderstellung des Verwalters führt und er, ebenso wie andere Marktteilnehmer und der Schuldner, bei der Verwertung die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften einzuhalten hat.<sup>1535</sup> Fehlt die Zustimmung der Patienten, ist die Veräußerung der Patientenakten, die der Schweigepflicht des Berufsträgers unterliegen, und damit der Übertragungsvertrag wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot<sup>1536</sup> i.S.v. § 134 BGB insgesamt nichtig.<sup>1537</sup>

In der Praxis wird regelmäßig auf das sog. Zwei-Schrank-Modell verwiesen, welches auf die bezüglich der Veräußerung von Arztpraxen entwickelten sog. Münchner Empfehlungen<sup>1538</sup> zurückgreift.<sup>1539</sup> Hierbei übergibt der Veräußerer oder der Insolvenzverwalter dem Erwerber Patientenakten in einem verschlossenen Karteischrank, wobei sich der Erwerber in dem Übernahmevertrag zu verpflichten hat, die Dokumente für den bisherigen Krankenhausträger/Insolvenzverwalter zu verwahren – sog. Verwahrungsklausel – und nur auf sie Zugriff zu nehmen, wenn der Patient ihrer Nutzung entweder schriftlich zustimmt oder jedenfalls konkludent mit der Einsichtnahme einverstanden ist.<sup>1540</sup>

Eine andere Möglichkeit ist, dass der Insolvenzverwalter auch nach Übergang der Assets den alleinigen Gewahrsam an den Unterlagen behält, was, soweit diese unter Verschluss gehalten werden, in den bisherigen Krankenhausräumlichkeiten geschehen kann.<sup>1541</sup> Hierzu ist ein Besitzmittlungsverhältnis mit dem Erwerber zu vereinbaren. Setzen die Patienten die Vertragsverhältnisse fort, kann hierin eine jedenfalls konkludente Einwilligung in die Einsichtnahme durch den Erwerber gesehen werden.<sup>1542</sup>

---

<sup>1533</sup> S. Laufs/*Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. IX Rn. 33.

<sup>1534</sup> Uhlenbruck/*Zipperer*, *InsO*, § 159 Rn. 31.

<sup>1535</sup> S. MüKoInsO/*Görg/Janssen*, § 159 Rn. 16.

<sup>1536</sup> In die Behandlungsunterlagen darf nur mit Zustimmung der Patienten Einsicht genommen werden, vgl. §§ 4 Abs. 2 S. 2, 4a Abs. 1 BDSG sowie die § 203 StGB.

<sup>1537</sup> Vgl. MüKoInsO/*Görg/Janssen*, § 159 Rn. 23; *Ziegler*, *ZInsO* 2014, 1577, 1587; zur Abtretung ärztlicher Honorarforderungen vgl. auch BGH NJW 1991, 2955 ff.

<sup>1538</sup> Abgedruckt in *MedR* 1992, 207.

<sup>1539</sup> Hierzu bereits v. *Lewinski*, *MedR* 2004, 95; der Hintergrund ist, dass für den Übergang der Krankenakten nach Ansicht des BGH die Einwilligung eines jeden einzelnen Patienten verbunden ist, was einen in der Regel nicht zu bewältigenden bürokratischen Aufwand darstellt, vgl. Uhlenbruck/*Zipperer*, *InsO*, § 159 Rn. 32 („Rundbrief mit Rückantwortkarte“); zur Rspr. s. BGH NJW 1992, 737, 739 f.; ferner Laufs/*Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. IX Rn. 32 ff.

<sup>1540</sup> Das bedeutet i. Ü. nicht, dass dem Insolvenzverwalter die Patientenakten nicht zur Verfügung gestellt werden dürfen, denn im Rahmen seiner Unterstützungspflicht des § 97 Abs. 2 InsO ist der Insolvenzschuldner gehalten, dem Verwalter alle – ggf. zu schwärzen – Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die es ermöglichen, das Unternehmen auf einen Dritten zu übertragen, vgl. Uhlenbruck/*Zipperer*, *InsO*, § 159 Rn. 31.

<sup>1541</sup> Hierzu Uhlenbruck/*Zipperer*, *InsO*, § 159 Rn. 32.

<sup>1542</sup> A.A. Uhlenbruck/*Zipperer*, *InsO*, § 159 Rn. 32 („Schriftform“), allerdings gilt es hier die Rückausnahme in § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG zu beachten („die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist“); so wohl auch *Ziegler*, *ZInsO* 2014, 1577, 1587.

Werden die Patientenakten mittels EDV archiviert<sup>1543</sup>, so muss der alte Datenbestand gesperrt und mit einem Passwort versehen werden. Der Zugriff auf den Datenbestand ist nur zulässig, wenn der Patient zustimmt.<sup>1544</sup>

### III. Aufbewahrungspflicht im Falle der Eigenverwaltung

Soweit die Eigenverwaltung gem. § 270 Abs. 1 S. 1 InsO angeordnet wurde, erhält der Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse zurück und ihn treffen bis zum Zeitpunkt der Aufhebung der Eigenverwaltung die gesetzlichen Aufbewahrungspflichten.<sup>1545</sup>

Stellt der Insolvenzverwalter einen Verstoß des Insolvenzschuldners gegen das Pflichtenprogramm fest, hat er dies gem. § 274 Abs. 3 S. 1 InsO dem Gläubigerausschuss und dem Insolvenzgericht anzuzeigen.<sup>1546</sup> Der Gläubigerausschuss hat zu prüfen, ob er gem. § 75 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Einberufung der Gläubigerversammlung beantragt, damit diese über die Aufhebung der Eigenverwaltung entscheiden kann.<sup>1547</sup> In einem solchen Fall geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen auf den Insolvenzverwalter über, sodass ab diesem Zeitpunkt (wieder) dem Verwalter die Einhaltung der gesetzlichen Aufbewahrungspflichten obliegt.<sup>1548</sup>

### IV. Aufhebung des Insolvenzverfahrens, § 200 InsO

Wird das Verfahren nach Vollziehung der Schlussverteilung und vollständiger Beendigung des Krankenhausbetriebes gem. § 200 InsO aufgehoben – was in der Praxis die Ausnahme darstellen dürfte – trifft den Insolvenzverwalter eine nachwirkende Pflicht, dass die Aufbewahrungsfristen auch nach Aufhebung des Verfahrens eingehalten werden.<sup>1549</sup> Problematisch ist insoweit, dass es aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Vollabwicklung und der Löschung des Rechtsträgers aus dem Handelsregister von Amts wegen, vgl. § 394 Abs. 1 S. 2 FamFG, an einer zur Rücknahme verpflichteten Einheit fehlt. Eine Rückgabe an die Gesellschafter der Krankenhausgesellschaft dürfte, wie bereits erwähnt, aufgrund des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Patienten, ohne die Zustimmung des Betroffenen unzulässig sein und einen Verstoß gegen § 203 StGB darstellen. Zudem handelt es sich bei den Gesellschaftern in der Regel auch nicht bzw. nicht notwendigerweise um Ärzte, so dass die Übergabe der Behandlungsunterlagen gegen die Vorgaben der Musterberufsordnung verstieße.<sup>1550</sup> Weitere Schwierigkeiten ergeben sich dadurch, dass auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens für die gesamte Dauer der Aufbewahrungsfristen gewährleistet sein muss, dass der Patient seinen Anspruch auf unverzügliche Einsicht in ihn betreffende Patientenakten gem. § 630g BGB durchsetzen kann, was wiederum eine Prüfung durch einen Arzt notwendig werden

<sup>1543</sup> Zur elektronischen Patientenakte vgl. Arning/Born/Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, Kap. 2 Rn. 1 ff.

<sup>1544</sup> Schlund, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 19 Rn. 6.

<sup>1545</sup> Hierzu Vallender, ZInsO 2016, 773, 781.

<sup>1546</sup> Instruktiv MüKoInsO/Tetzlaff/Kern, § 157 Rn. 58 ff.

<sup>1547</sup> K. Schmidt/Undritz, InsO, § 274 Rn. 13.

<sup>1548</sup> Hierzu auch Vallender, ZInsO 2016, 773, 780.

<sup>1549</sup> Vallender, NZI 2013, 1001, 1004.

<sup>1550</sup> Hierauf hinweisend Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1588.

lässt, der im Einzelfall zu entscheiden hat, ob dem Einsichtsrecht nicht erhebliche therapeutische Gründe oder sonstige erhebliche Rechte Dritter entgegenstehen.<sup>1551</sup>

In einer solchen Situation ist der Verwalter gehalten, in der Schlussrechnung Rückstellungen zu bilden<sup>1552</sup>, die die Kosten einer Aufbewahrung der Unterlagen für die Dauer der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen decken.<sup>1553</sup> Der Verwalter hat sodann für die Archivierung der patientenbezogenen Unterlagen Sorge zu tragen und ist verpflichtet, bei entsprechenden Anfragen von Patienten oder Dritten, die im Nachgang der Schließung eines Krankenhauses in aller Regel keine Kenntnis vom Verbleib der Unterlagen haben, diese über den Aufenthaltsort und den Ansprechpartner zu unterrichten.<sup>1554</sup> Trotzdem gilt es auch hier zu bedenken, dass die Einbeziehung externer Dienstleister stets eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf die Akten durch bspw. die Mitarbeiter des Dienstleisters bietet, die Überlassung der Unterlagen an einen Dritten damit unter dem Gesichtspunkt des patientenseitigen Zustimmungserfordernis besonders sensibel ist<sup>1555</sup> und auch im Hinblick auf die Prüfung des Einsichtsge-suchens durch einen Arzt Schwierigkeiten birgt.

## **V. Aufbewahrung der Patientenakten im Falle der Einstellung des Insolvenzverfahrens nach § 211 InsO**

Zu den Pflichten des Insolvenzverwalters gehört die fortwährende Kontrolle, ob die Insolvenzmasse ausreichend ist, um die Masseverbindlichkeiten voll zu bedienen. Ist dies nicht (mehr) der Fall, muss er dem Insolvenzgericht anzeigen, dass eine Masseunzulänglichkeit vorliegt, § 208 Abs. 1 InsO. Sobald die Insolvenzmasse nach Maßgabe des § 209 InsO verteilt ist, wird das Insolvenzverfahren eingestellt.

Bis zur Einstellungsentscheidung trifft den Insolvenzverwalter die Pflicht, eine sichere Aufbewahrung zu garantieren. Für die anfallenden Kosten können Rückstellungen gebildet werden, bei denen es sich um Neumasseverbindlichkeiten i.S.d. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO handelt.<sup>1556</sup> Als besonderes problematisch erweist sich die Situation der vorzeitigen Einstellung des Krankenhausbetriebes aus wirtschaftlichen Gründen, die dazu führt, dass keine ausreichenden

---

<sup>1551</sup> Hierzu sowie zu Akteneinsichtsgesuchen Dritter s. *Vallender*, NZI 2013, 1001, 1005.

<sup>1552</sup> Dies ist naturgemäß dann problematisch, wenn Masseunzulänglichkeit oder sogar vollständige Masselosigkeit vorliegt, hierzu sogleich; ferner zu dieser Problematik *Runkel*, FS Vallender, S. 555, 568.

<sup>1553</sup> S. *Müller*, Der Verband in der Insolvenz, S. 22 f.; *Vallender* schlägt zudem vor, das jeweils zuständige Gesundheits- oder Sozialministerium des Landes oder die zuständige Bezirksregierung frühzeitig in Kenntnis zu setzen, NZI 2013, 1001, 1005.

<sup>1554</sup> *Vallender*, NZI 2013, 1001, 1005.

<sup>1555</sup> Bspw. aber im Krankenhausgesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern ausdrücklich vorgesehen ist; § 39 Abs. 6 lautet insoweit: „Übernimmt ein Auftragnehmer nach einer Betriebseinstellung eines Krankenhauses den gesamten Bestand der Patientendaten, gelten für ihn als verantwortliche Stelle hinsichtlich der Verarbeitung dieser Daten die Vorschriften dieses Abschnitts. Bei der Übernahme ist vertraglich sicherzustellen, dass Patienten für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung oder Untersuchung auf Verlangen in gleicher Weise wie bisher beim Krankenhaus Auskunft und Einsicht erhalten.“

<sup>1556</sup> *Vallender*, NZI 2013, 1001, 1005; *Ziegler*, ZInsO 2014, 1577, 1587.



Rückstellungen gebildet werden können und die Insolvenzmasse damit für die Deckung der Kosten der Aufbewahrung nicht ausreicht.<sup>1557</sup>

Eine „Rückgabe“ nunmehr an die Gesellschafter kommt aufgrund der unter IV. angesprochenen Gründe nicht in Betracht. Hingegen naheliegend ist grundsätzlich die Möglichkeit der Freigabe der Patientenakten durch den Insolvenzverwalter.<sup>1558</sup> Allerdings gilt es hier die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit des Verwalters zu bedenken. Es ist anhand der Regelungen des Ordnungsrechts zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen eine Störung der öffentlichen Sicherheit vorliegt, wie dieser Störung zu begegnen ist und wer dafür in Anspruch genommen werden kann.<sup>1559</sup> Gibt der Insolvenzverwalter aufgrund von festgestellter Masseunzulänglichkeit die Patientenunterlagen frei, besteht die Gefahr, im ordnungsrechtlichen Sinne als Handlungsstörer betrachtet zu werden; das Ordnungsrecht wird durch das Insolvenzrecht nicht verdrängt.

Besteht mithin die Möglichkeit, dass Dritte ohne Zustimmung des Patienten von dem Inhalt der Patientenunterlagen Kenntnis nehmen können, könnte das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten betroffen und die zuständige Behörde zum Erlass einer Ordnungsverfügung gegen den Insolvenzverwalter bewegt werden. Damit liefe die Freigabe ordnungsrechtlich ins Leere.<sup>1560</sup> Dies ist zwar nicht damit zu begründen, dass die Freigabe als solche aus allgemeinen ordnungsrechtlichen sowie ordnungspolitischen Gründen generell für unzulässig gehalten wird, wie dies z.B. in Fällen der Freigabe kontaminierter Grundstücke vertreten wird,<sup>1561</sup> hingegen aber ist entscheidend, dass auch eine Freigabe nichts an der in § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO geregelten Anordnung zur Beachtung gesetzlicher Aufbewahrungspflichten ändern kann, soweit jedenfalls die tatsächliche Sachherrschaft des Insolvenzverwalters weiter fortbesteht.<sup>1562</sup> Selbst, wenn man dies anders sähe und mithin den Insolvenzschuldner nicht als Ordnungspflichtigen betrachtet, würde die Freigabe nicht zu einer befriedigenden Lösung im Umgang mit den Patientenakten führen, welche in jedem Falle – unabhängig von der konkret zuständigen Einheit – vor dem unberechtigten Zugriff Dritter geschützt werden müssen.

Vor dem Hintergrund der ordnungsrechtlichen Problematik ist darüber hinaus eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Göttingen<sup>1563</sup> zu sehen, nach welcher keine konkrete Gefahr für das Recht auf informationelle

---

<sup>1557</sup> Die deutsche Krankenhausgesellschaft äußert sich zu diesen Fall folgendermaßen: „falls eine Finanzierung aus der Insolvenzmasse nicht möglich ist, bleibt auch hier nur die Kontaktaufnahme mit den für die Gesundheitsaufsicht zuständigen Stellen, um die Problematik der weiteren Aufbewahrung der Krankenunterlagen in Zusammenarbeit mit den Aufsicht führenden Stellen zu lösen“; die Position ist abrufbar unter: [http://www.dkgev.de/dkg.php/cat/133/aid/12163/start/30/title/Umgang\\_mit\\_Patientenakten\\_im\\_Falle\\_der\\_Schliessung\\_eines\\_Krankenhauses](http://www.dkgev.de/dkg.php/cat/133/aid/12163/start/30/title/Umgang_mit_Patientenakten_im_Falle_der_Schliessung_eines_Krankenhauses) (31.01.2018).

<sup>1558</sup> Allgemein zur Möglichkeit der Freigabe in der Gesellschaftsinsolvenz MüKoInsO/*Peters*, § 35 Rn. 104 ff.; eine übersichtliche Einführung bei *Haberzettl*, NZI 2017, 474 ff.

<sup>1559</sup> Hierzu *Haberzettl*, NZI 2017, 474, 476.

<sup>1560</sup> Zur Frage des Normadressaten und der insolvenzrechtlichen Einordnung der ordnungsrechtlichen Pflichten, vgl. ausführlich MüKoInsO/*Ott/Veia*, § 80 Rn. 136 ff.

<sup>1561</sup> So etwa *Stürmer*, FS Merz, 563, 576 ff.

<sup>1562</sup> Vgl. hierzu MüKoInsO/*Ott/Veia*, § 80 Rn. 143; hingegen bewirkt die Anzeige der Masseunzulänglichkeit, dass die Kosten nur im Rahmen der vorhandenen Masse nach Maßgabe der insolvenzrechtlich vorgeschriebenen Rangordnung zu befriedigen sind.

<sup>1563</sup> VG Göttingen, Beschluss v. 08.05.2015 – 1 B 127/15 = GesR 2015, 440.

Selbstbestimmung der Patienten<sup>1564</sup> bestehe, soweit die Patientenakten eines Krankenhauses, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, in verschlossenen Räumen lagern, zu denen nur zuverlässige Personen Zugang haben. „Eine konkrete Gefahr“, so das Gericht „scheide schon deshalb aus, weil die Akten derzeit im verschlossenen Gebäude gelagert würden und vor Fremdzugriff auch durch die Zugangskontrolle durch den [...] Hausmeister geschützt seien“.<sup>1565</sup> Die bloße Lagerung in einem ehemaligen Krankenhausgebäude begründe also für sich genommen keinen konkreten Gefahrentatbestand. Dieser formale Standpunkt kann hingegen offensichtlich nicht verallgemeinert werden. Trotz der vielleicht zeitweilig sicheren Aufbewahrung, handelt es sich in solchen Fällen nur um eine übergangsweise Lagerung, welche die Frage der Aufbewahrungszuständigkeit der beteiligten (juristischen) Personen unbeantwortet lässt und angesichts der jederzeit jedenfalls theoretisch bestehenden Möglichkeit eines Zugriffs unbefugter Dritter, bspw. durch einen Einbruch in die Räumlichkeiten des leerstehenden Krankenhauses, auch für die Patientenseite einen unbefriedigenden Schwebezustand darstellt.

Fraglich in diesem Zusammenhang ist weiterhin, ob ein Patient, der wegen einer Freigabe bzw. wegen einer nicht ordnungsgemäßen Sicherung der Unterlagen, keine Einsicht mehr nehmen kann, den Insolvenzverwalter gem. § 823 Abs 1 BGB auf Schadensersatz und gem. § 847 BGB auf Schmerzensgeld in Anspruch nehmen kann mit dem Argument, dass es ihm infolgedessen nicht mehr möglich war, sich Klarheit über seine gesundheitliche Situation und den medizinischen Behandlungsablauf im Krankenhaus zu verschaffen.<sup>1566</sup> Dies ist hingegen deshalb zu verneinen, weil die Patientenunterlagen nicht der Sicherung von Beweisen für den späteren Prozess dienen, dem Patienten damit nicht die Prozessführung erleichtern sollen, sondern fachlichen und behandlungsspezifischen Vorgaben unterliegen.<sup>1567</sup>

## VI. Lösungsansätze de lege ferenda

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass es in Bezug auf die Aufbewahrung von Patientenunterlagen im Falle der Insolvenz eines Krankenhausträgers zu rechtlichen Problemen kommen kann, deren Handhabung weder gesetzlich eindeutig geregelt ist, noch ohne tatsächliche Friktionen aufgrund der involvierten sensiblen Interessenkreise zu lösen ist. Dies gilt insbesondere in Fallkonstellationen verschärfter Krisen, in denen der Krankenhausbetrieb aufgrund von Masseunzulänglichkeit vorzeitig geschlossen werden muss und Unklarheit darüber besteht, wer für die ordnungsgemäße Verwahrung zuständig ist und mit welchen Mitteln diese langwierige Aufgabe zu bewältigen sein soll.<sup>1568</sup>

---

<sup>1564</sup> Im vorliegenden Urteil ging es weiterhin auch um das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Krankenhauspersonals in Bezug auf die Personalakten.

<sup>1565</sup> VG Göttingen, Beschluss v. 08.05.2015 – 1 B 127/15 = GesR 2015, 440.

<sup>1566</sup> Dies mit Hinweis auf ein Urteil des LG Wiesbaden, VersR 2005, 1567 aufwerfend Vallender, NZI 2013, 1001, 1006.

<sup>1567</sup> so auch Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1588, allerdings andeutend, dass der Krankenhausträger einen Regressanspruch gegen den Insolvenzverwalter haben könne, wenn die Verteidigung gegen den Vorwurf eines Behandlungs- oder Aufklärungsfehlers aufgrund der nicht adäquaten Sicherung der Patientenunterlagen nicht gelänge.

<sup>1568</sup> Diese Frage stellt sich im Übrigen auch in anderen Fällen der Schließung von Arztpraxen, ohne dass diese an einen Nachfolger übergeben werden können.

Festzuhalten ist zwar, dass die Verantwortlichkeit grundsätzlich beim Insolvenzverwalter verbleibt, dieser aber entweder mit der Problematik fehlender finanzieller Mittel konfrontiert ist, oder aber jedenfalls aufgrund des informationellen Selbstbestimmungsrechts der Patienten eine Archivierung nicht ohne Weiteres bewerkstelligen kann.

Eine gesetzliche Regelung könnte vorliegend Abhilfe verschaffen. Diese könnte beispielsweise im BGB, der Gewerbeordnung, der Insolvenzordnung, aber auch in den Heilberufsgesetzen der Länder verankert werden.<sup>1569</sup> Einen ersten regulatorischen Ansatz hat das Land Rheinland-Pfalz mit einer Änderung des Heilberufsgesetzes gemacht. § 22 Abs. 2 HeilBG R-P lautet:

*„Die Kammermitglieder haben beim Ausscheiden aus einer eigenen Niederlassung oder bei deren Schließung dafür zu sorgen, dass die in Ausübung ihres Berufs gefertigten medizinischen und pflegerischen Aufzeichnungen und sonstigen dort vorhandenen Patientenunterlagen nach den Vorschriften der Schweigepflicht und des Datenschutzes untergebracht und nur für Berechtigte zugänglich gemacht werden. Kommt ein Kammermitglied dieser Pflicht nicht nach, ist die Kammer verpflichtet, die Unterlagen im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung zu verwahren und zu verwalten. Die Kammern können auch gemeinsame Einrichtungen zur Aufbewahrung und Verwaltung errichten oder nutzen; das Nähere regelt die Satzung.“*

Diese Regelung ist hingegen auf den ambulanten Bereich beschränkt. Im stationären Bereich ergibt sich zudem eine erweiterte Problematik daraus, dass der Krankenhausträger als Eigentümer der Patientenakten verantwortlich ist und nicht ein einzelner Arzt, was, wie aufgezeigt, gerade im Falle der Schließung problematisch ist.<sup>1570</sup>

Vallender<sup>1571</sup> schlägt für den stationären Bereich eine Versicherungslösung vor, welche eine gesetzliche Versicherungspflicht des Krankenhausträgers vorsehe, so dass im Insolvenzfall die Archivierungskosten abgedeckt sowie zudem die Aufwendungen für die sachverständige Bescheidung von Einsichtsgesuchen während der Dauer der Aufbewahrungsfrist umfasst sind. Eine solche Option hätte den Vorteil, dass die finanzielle Verantwortung weder den Ärztekammern, noch der staatlichen Hand auferlegt werden würde. Die Unterlagen könnten dann beispielsweise in den Fällen der Einstellung des Krankenhausbetriebes durch die zuständige Landesärztekammer nach Kontaktierung durch den Insolvenzverwalter in Verwahrung genommen und diese autorisiert werden, Ärzte mit der Wahrnehmung der Bearbeitung von Einsichtsgesuchen der Patienten zu betrauen. So ausgestaltet wäre dem Recht des Patienten auf

---

<sup>1569</sup> Vgl. hierzu auch Antwort der Landesregierung Nordrhein.-Westfalens auf die Kleine Anfrage 3602 vom 19. Juni 2015 des Abgeordneten Matthias Kerkhoff, CDU, Drucksache 16/9064, abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument?Id=MMD16%2F9360%7C1%7C0> (03.02.2018).

<sup>1570</sup> Vgl. hingegen ferner den Ansatz in § 41 KrankenhausVO Berlin: „Bei Schließung oder Umwandlung eines Krankenhauses oder eines Teils davon in eine Pflege- oder Betreuungseinrichtung wird die Patientendokumentation abgeschlossen. Die weitere Aufbewahrung des Bestandes an Patientendokumentationen wird vom Krankenhausträger im Einvernehmen mit dem zuständigen Bezirksamt so geregelt, dass Unbefugte nicht Einsicht nehmen können“.

<sup>1571</sup> Vallender, NZI 2013, 1001, 1007.

informationelle Selbstbestimmung genüge getan und ein Verfahren bereitgestellt, das auch im Falle der insolvenzbedingten Schließung und Liquidation des Krankenhausträgers eine interessengerechte und handhabbare Lösung bietet. Regelungstechnisch sollte dies, einschließlich der Versicherungspflicht des Krankenhausträgers sowie der Verpflichtung der Landesärztekammern, einheitlich in den Krankenhausgesetzen der Länder kodifiziert werden.

## VII. Verwaltungsbezogene Unterlagen

Vergleichsweise unproblematisch erweist sich hingegen der Umgang mit verwaltungsbezogenen Unterlagen. Für solche Unterlagen folgen die Aufbewahrungsfristen abweichend im Wesentlichen aus den Regelungen des HGB<sup>1572</sup>, der KHBV, der AO, sowie der haushalts- und kassenrechtlichen Vorschriften auf Landesebene.<sup>1573</sup>

Im Falle der Insolvenz einer Krankenhaus-GmbH bestimmt § 74 Abs. 2 GmbHG, dass die Geschäftsunterlagen für die Dauer von 10 Jahren nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens einem der Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung zu geben sind. Im Falle der Insolvenz einer Krankenhaus-AG hat das Registergericht gem. § 274 Abs. 2 AktG zu bestimmen, dass die Bücher und Schriften der Gesellschaft an einem sicheren Ort zur Aufbewahrung für die Dauer von zehn Jahren zu hinterlegen sind.

Hinsichtlich verwaltungsbezogener Unterlagen dürfte zudem eine Vernichtung zulässig sein, wenn eine Aufbewahrung dieser Unterlagen durch die Gesellschafter des insolventen Krankenhausträgers aussichtslos erscheint.<sup>1574</sup>

## VIII. Zusammenfassung

Abschließend bleibt festzuhalten, dass sich die gesetzliche Verpflichtung zur Aufbewahrung von Patientenunterlagen allgemein bei der Schließung von am Gesundheitswesen beteiligten Einrichtungen als nicht unproblematisch erweist, insbesondere aber für den Insolvenzverwalter eines Krankenhauses kaum handhabbar ist, vor allem dann, wenn die Aufbewahrung finanziell nicht aus der Masse sichergestellt werden kann.

Es bleibt abzuwarten, ob die aufgezeigten Probleme, die keinesfalls rein insolvenzrechtlicher Natur sind, den Gesetzgeber zur Verabschiedung einer rechtlich tragfähigen, möglichst einheitlichen gesetzlichen Lösung bewegen, oder ob auch weiterhin rechtliche Unsicherheiten verbleiben, die letztlich zu Lasten der betroffenen Patienten gehen.

---

<sup>1572</sup> Hier benennt zudem § 257 HGB diejenigen kaufmännischen Unterlagen, die geordnet aufzubewahren sind.

<sup>1573</sup> S. Vallender, NZI 2013, 1001, 1002.

<sup>1574</sup> Ziegler, ZInsO 2014, 1577, 1588; so auch Vallender, NZI 2013, 1001, 1006 mit der Einschränkung, dass zuvor die Staatsanwaltschaft und die Finanzverwaltung zu unterrichten sind.

## F. Besonderheiten des Rechtsschutzes

Im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bedarf die Frage einer Klärung, wie mit Hinblick auf § 80 InsO, welcher den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vom Insolvenzschuldner auf den Insolvenzverwalter regelt, mit anhängigen Rechtsstreitigkeiten zu verfahren ist. Eine Antwort hieraus findet sich in der zivilprozessualen Norm des § 240 ZPO. Dieses Regelungsgefüge soll mit Hinblick auf die Besonderheiten eines insolventen Krankenhauses dargestellt werden. Klärungsbedürftig ist insbesondere der Umfang der Insolvenzmasse eines Krankenhausträgers, sowie die Frage, wie sich die Einstellung des Krankenhausbetriebes auf bereits eröffnete Prozesse in Bezug auf die Teilnahme an der stationären Versorgung gesetzlich krankenversicherter Patienten auswirkt.

### I. Unterbrechung und Wiederaufnahme von Prozessen

Nachdem bereits geklärt wurde, wie sich das eröffnete Insolvenzverfahren auf die Zulässigkeit weiterer Verwaltungsakte und die Behandlung bereits erlassener Verwaltungsakte auswirkt, soll nun die prozessuale Wirkung der §§ 240 ZPO, 85 InsO mit Blick auf die Besonderheiten der Insolvenzmasse eines Krankenhausträgers untersucht werden.

#### 1. Grundsätze nach § 240 S. 1 ZPO

War im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ein Rechtsstreit rechtshängig und betrifft das Verfahren die Insolvenzmasse, § 35 InsO, wird dieser mit Verfahrenseröffnung kraft Gesetzes gem. § 240 ZPO mit Wirkungen des § 249 ZPO unterbrochen.<sup>1575</sup> Der Grund liegt darin, dass der Schuldner nach § 80 InsO seine Befugnis verliert, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen.<sup>1576</sup> Die Unterbrechung soll den Beteiligten<sup>1577</sup> eine Überlegungsfrist einräumen und trägt dem gesetzlichen Wechsel der Prozessführungsbefugnis vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter Rechnung.<sup>1578</sup> § 240 ZPO erfasst sowohl Aktiv-<sup>1579</sup> als auch Passivprozesse.<sup>1580</sup>

Die Unterbrechung des rechtshängigen Verfahrens tritt kraft Gesetzes ein, ohne dass es eines gerichtlichen Beschlusses bedarf und beginnt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>1581</sup>

---

<sup>1575</sup> Dies gilt über die Verweisungsnorm des § 173 VwGO auch für verwaltungsrechtliche Verfahren. § 240 ZPO findet hingegen keine Anwendung auf das Verwaltungsverfahren.

<sup>1576</sup> Stein/Jonas/Roth, InsO, § 240 Rn. 1.

<sup>1577</sup> Gemeint sind der Prozessgegner des Schuldners und der Insolvenzverwalter.

<sup>1578</sup> MüKoZPO/Stackmann, § 240 Rn. 1.

<sup>1579</sup> Im Insolvenzverfahren werden als Aktivprozesse diejenigen Prozesse bezeichnet, die die Masse vermehren, z.B. das Einklagen ausstehender Zahlungen an den Schuldner, s. Wittkowski/Kruth, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 85 Rn. 16.

<sup>1580</sup> Stein/Jonas/Roth, InsO, § 240 Rn. 5.

<sup>1581</sup> Ebd., § 240 Rn. 17.

## 2. Aufnahme des unterbrochenen Prozesses

Nach §§ 240, 250 ZPO endet die Unterbrechung während der Insolvenz durch die Aufnahme des Verfahrens nach Maßgabe der InsO, mithin der Aufnahme eines Aktivprozesses nach § 85 InsO, eines Passivprozesses nach § 86 InsO, weiterhin mit der Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens, §§ 200, 207 oder der Freigabe des streitbefangenen Gegenstandes durch den Insolvenzverwalter.

§ 85 InsO bestimmt, dass Rechtsstreitigkeiten über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen, die zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für den Schuldner anhängig sind, vom Insolvenzverwalter aufgenommen werden können. Der Insolvenzverwalter hat die Entscheidung darüber, ob er einen anhängigen Schuldnerprozess aufnimmt oder nicht, nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen, wobei entscheidungserheblich ist, ob die Fortführung oder Ablehnung im Interesse der Insolvenzmasse ist.<sup>1582</sup> Der Rechtsstreit wird vom Verwalter in der Lage aufgenommen, in der er sich zur Zeit der Unterbrechung befindet; der Insolvenzverwalter ist an die bisherige Prozessführung des Schuldners gebunden.<sup>1583</sup>

Passivprozesse können gem. § 86 InsO grundsätzlich – sowohl vom Insolvenzverwalter als auch von den Gläubigern – nur dann aufgenommen werden, wenn sie entweder die Aussonderung eines Gegenstands aus der Insolvenzmasse, die abgesonderte Befriedigung oder eine Masseverbindlichkeit betreffen. Im Übrigen können die Insolvenzgläubiger ihre Forderungen nur nach Maßgabe der Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen, § 87 InsO.

## 3. Das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen

Damit ist zu klären, wann das Verfahren im Rahmen der §§ 85 InsO, 240 S. 1 ZPO „die Insolvenzmasse“ betrifft. Nach § 35 InsO erfasst das Insolvenzverfahren grundsätzlich das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Verfahrenseröffnung gehört und das er während des Verfahrens erlangt.<sup>1584</sup> Allgemein gesprochen muss der Streitgegenstand i.S.v. § 2 ZPO ganz oder teilweise dem Schuldner zur Zeit der Verfahrenseröffnung gehören oder während des Verfahrens hinzugelangen. Weiterhin muss der Gegenstand auch der Zwangsvollstreckung unterliegen.<sup>1585</sup> Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn das im Verfahren geltend gemachte Recht ganz oder teilweise zugunsten oder zu Lasten des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens in Anspruch genommen wird.<sup>1586</sup> Während § 35 Abs. 1 InsO grundsätzlich von einem vollumfänglichen Vermögensbegriff ausgeht, benennt § 36 InsO in negativer Abgrenzung diejenigen Vermögensgegenstände, die nicht vom Insolvenzbeschluss

---

<sup>1582</sup> M.w.N. Uhlenbruck/*Mock*, InsO, § 85 Rn. 143.

<sup>1583</sup> Ebd. Rn. 152.

<sup>1584</sup> Die Rechtsgegenstände der Insolvenzmasse sind hingegen nicht mit den Rechtsgegenständen des sog. freien Vermögens des Schuldners identisch, vielmehr bilden die Rechtsgegenstände der Insolvenzmasse ein Sondervermögen, das mit Verfahrenseröffnung besteht und für welches kennzeichnend ist, dass der Insolvenzschnuldner als Rechtsinhaber von der Ausschlusswirkung der Rechte betroffen ist, hierzu Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 1.

<sup>1585</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 240 Rn. 10.

<sup>1586</sup> Gottwald/*Eckhardt*, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 32 Rn. 103.

erfasst werden sollen, insbesondere diejenigen, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen. Der in diesem Zusammenhang zu bemühende Grundsatz der haftungsrechtlichen Zuweisung besagt, dass das gesamte haftende Vermögen eines Rechtsträgers allen seinen Gläubigern zugewiesen ist, woraus folgt, dass die Insolvenzmasse eben (nur) aus der Gesamtheit der geldwerten Vermögensrechte besteht, welche für die Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners haften.<sup>1587</sup> Vermögensrechte im zwangsvollstreckungsrechtlichen Sinne sind Rechte, die einen Vermögenswert derart verkörpern, dass die Pfandverwertung zur Befriedigung des Geldanspruchs des Gläubigers führen kann.<sup>1588</sup> Zu den Gegenständen der Insolvenzmasse gehören z.B. Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte sowie bewegliche Sachen, deren Eigentümer der Schuldner ist, Forderungen des Schuldners, aber auch Mitgliedschaftsrechte und Gesellschaftsanteile.<sup>1589</sup> Das Unternehmen, verstanden als Inbegriff von Vermögenswerten, fällt ebenso in die Insolvenzmasse, insbesondere auch zugehörige tatsächliche Werte, wie bspw. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse; eine Ausnahme gilt insoweit als dass gewisse Rechte personengebunden sind.<sup>1590</sup>

Die Insolvenzmasse ist hingegen nicht betroffen bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten, bei denen es ausschließlich um ein höchstpersönliches Verhalten des Schuldners geht<sup>1591</sup> und bei Rechtsstreitigkeiten um Ansprüche aus dem insolvenzfreen oder gegen das insolvenzfreen Vermögen des Schuldners.<sup>1592</sup> In diesen Fällen besteht die Prozessführungsbefugnis des Schuldners fort und geht nicht auf den Insolvenzverwalter über, so dass es an einer Rechtfertigung für die Unterbrechung fehlt.<sup>1593</sup>

In Bezug auf die Insolvenz eines Krankenhausträgers stellt sich insbesondere die Frage, ob die Aufnahme des Krankenhauses in einen Landeskrankenhausplan, sowie die erteilte Gewerbekonzession nach § 30 GewO Gegenstände der Insolvenzmasse darstellen, so dass prozessuale Verfahren, bspw. über die Rechtmäßigkeit einer Planherausnahme oder über die Kündigung eines Versorgungsvertrages nach § 240 ZPO unterbrochen und gem. § 85 InsO vom Insolvenzverwalter wieder aufgenommen werden können.

#### **a) Planaufnahme/Versorgungsverträge**

Dass es sich bei der Planaufnahme/Versorgungsverträgen bzw. bei der hieraus erwachsenen Berechtigung, an der stationären Versorgung gesetzlich versicherter Patienten teilzunehmen, um ein Recht handelt, welches zur Insolvenzmasse gehört, wurde in einem Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht Münster bezweifelt. Wörtlich heißt es:

---

<sup>1587</sup> So Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 7.

<sup>1588</sup> Ebd. Rn. 13.

<sup>1589</sup> Vgl. im Detail bei MüKoInsO/*Peters*, § 35 Rn. 136 ff.

<sup>1590</sup> Z.B. eine personengebundene Gewerbe genehmigung, s. Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 268.

<sup>1591</sup> Etwa einen persönlich zu erfüllenden Anspruch auf Auskunft oder Rechnungslegung oder um einen Anspruch auf eine unvertretbare Handlung, s. Gottwald/*Gerhardt*, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 32 Rn. 108.

<sup>1592</sup> Ebd. Rn. 107.

<sup>1593</sup> Hierzu s. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 240 Rn. 3.

*„Die Gegenstände der Rechtsstreitigkeiten dürften jedoch der Insolvenzmasse nicht zuzurechnen sein. Die Feststellung der Planaufnahme des Krankenhauses [...] dürfte kein – positives oder negatives – Vermögen des Insolvenzschuldners darstellen. Die Feststellung der Planaufnahme eines Krankenhauses ist nicht übertragbar, handelsfähig etc. und zur Begleichung von Schulden des Insolvenzschuldners nicht verwertbar. Sie berechtigt lediglich zur Teilnahme am System der öffentlichen Gesundheitsversorgung durch die gesetzliche Krankenversicherung. Dasselbe gilt für einen Versorgungsvertrag [...]. Wenn auch an eine Planaufnahme und einen Versorgungsvertrag die Gewinnerzielungsmöglichkeit durch die Krankenversorgung anknüpft oder die Gewährung von Fördermitteln die Planaufnahme voraussetzt, dürfte beides lediglich eine Chance zur Erlangung von Mitteln eröffnen und ist die Gewinnerzielungsmöglichkeit zudem auch nicht Gegenstand einer festgestellten Planaufnahme oder eines abgeschlossenen Versorgungsvertrages, so dass beidem allein durch diese Möglichkeit noch kein Vermögenscharakter zukommt. Hiervon ausgehend dürften die [...] Verfahren nicht nach § 240 ZPO unterbrochen sein.“<sup>1594</sup>*

Damit würden rechtshängige Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Kündigung eines Versorgungsvertrages, über die Rechtmäßigkeit der Nichtaufnahme in einen Krankenhausplan oder über die Rechtmäßigkeit des Widerrufs eines Feststellungsbescheides nicht die Insolvenzmasse betreffen.

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung werden Streitigkeiten um personengebundene Erlaubnisse wegen ihres höchstpersönlichen Charakters nicht der, gem. § 80 Abs. 1 InsO dem alleinigen Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters unterliegenden Insolvenzmasse zugerechnet.<sup>1595</sup> Demgegenüber werden Streitigkeiten über Sachgenehmigungen allgemein ein Bezug zur Insolvenzmasse beigemessen.<sup>1596</sup> Diese Unterscheidung lässt sich darauf zurückführen, dass die Genehmigung, sofern sie auf die Person des Schuldners bezogen ist, zwar Grundlage der durch die Fortführung des Betriebes realisierbaren Vermögenswerte ist, aber selbst keinen Vermögenswert beinhaltet, da sie weder einzeln noch durch Fortführung des Unternehmens verwertet werden kann.<sup>1597</sup>

Übertragen auf die stationäre Versorgung ist insoweit festzuhalten, dass der Aufnahme in einen Krankenhausplan<sup>1598</sup> keine dingliche Wirkung beizumessen ist, sie nicht an das aufgenommene Krankenhaus als solches anknüpft, sondern an den jeweiligen Krankenhausträger. Der Träger wird insoweit ausdrücklich im jeweiligen Feststellungsbescheid ausgewiesen.<sup>1599</sup> Einige

---

<sup>1594</sup> Schreiben des Berichterstatters im 13. Senat des OVG Münster vom 17.09.2002 in den Verfahren 13 A 4235/01 und 13 A 4234/01 (zitiert nach *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 186).

<sup>1595</sup> für Gewerbeuntersagungsverfügungen vgl. BVerwG, NVwZ 2006, 599 f.; für die Erlaubnis zum Führen der nach § 11 NdsIngG geschützten Berufsbezeichnung „beratender Ingenieur“ vgl. OVG Lüneburg NJW 2007, 1224; für Genehmigungen nach dem nordrhein-westfälischen Rettungsgesetz vgl. OVG Münster, OVG 49, 244ff. = GewArch 2004, 73.

<sup>1596</sup> S. OVG Lüneburg, Beschluss v. 17.09.2007 - 12 LA 420/05.

<sup>1597</sup> Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 35 Rn. 270.

<sup>1598</sup> Und erst recht nicht der Abschluss eines Versorgungsvertrages.

<sup>1599</sup> Hierzu vgl. auch *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 48; zur Frage, wann von einem Trägerwechsel auszugehen ist, vgl. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, §



Krankenhausgesetze sehen aus diesem Grunde ausdrücklich vor, dass es bei einem Trägerwechsel eines neuen Feststellungsbescheides bedarf.<sup>1600</sup> Das Recht zur Teilnahme an der stationären Versorgung gesetzlich krankenversicherter Patienten gehört als solches mithin nicht zur Masse.<sup>1601</sup> Daraus ließe sich schließen, dass auch die hier in Rede stehenden Streitigkeiten rund um die Teilnahme an der stationären Versorgung gesetzlich Versicherter bzw. die zugrundeliegende Erlaubnis (Planaufnahme/Versorgungsvertrag) nicht die Insolvenzmasse betreffen, so dass keine Unterbrechung der Prozesse einträte.

Entgegen dieser Einordnung vertritt *Quaas*<sup>1602</sup>, dass ein Verfahren schon dann die Insolvenzmasse betreffe, wenn zwar der streitgegenständliche Anspruch – Teilnahme an der stationären Versorgung gesetzlich krankenversicherter Patienten – nicht selbst Vermögensbestandteil ist, wohl aber eine Zuerkennung des streitgegenständlichen Anspruches den Bestand oder die Verwertbarkeit der Masse beeinflussen kann. Eine solche wirtschaftliche Relevanz der „Zulassung“ wäre aufgrund der Bedeutung der Aufnahme bzw. des Verbleibs des Krankenhauses im Krankenhausplan unzweifelhaft anzunehmen.

Soweit ersichtlich soll eine bloße wirtschaftliche Beziehung zur Masse nicht ausreichen.<sup>1603</sup> Jedoch tritt eine Unterbrechung nach § 240 ZPO auch dann ein, wenn der Streitgegenstand in einer nur *mittelbaren* Beziehung zur Insolvenzmasse steht.<sup>1604</sup> Daher ist die Betroffenheit der Masse etwa bei einer Feststellungsklage gegeben, die zwar nicht unmittelbar eine Insolvenzforderung zum Gegenstand hat, aber die Voraussetzungen einer angemeldeten Forderung oder Rechtsverhältnisse, von denen eine Forderung abhängt, klären soll.<sup>1605</sup>

Eine solche mittelbare Betroffenheit könnte nun jedenfalls auch in den Fällen angenommen werden, in denen es um die Rechtmäßigkeit der Kündigung

---

26 Rn. 445 („Maßgebend ist der Krankenhausträgerbegriff. Krankenhausträger ist, wer das Krankenhaus betreibt. Daraus folgt, dass ein Trägerwechsel vorliegt, wenn der Betreiber des Krankenhauses wechselt. Weder Träger noch Betreiber des Krankenhauses sind die Gesellschafter des Trägers, seien sie auch Mehrheits- oder Alleingesellschafter. Träger (und Betreiber) des Krankenhauses ist nur, wer im eigenen Namen Krankenhausleistungen erbringt; eine ausschließliche gesellschaftsrechtliche Position begründet (noch) keine Träger- und Betreibereigenschaft. Deshalb liegt bei Veränderungen der Mehrheitsverhältnisse einer Gesellschaft ein Trägerwechsel nicht vor. Bedient sich der Träger eines Krankenhauses zur Führung des Krankenhausbetriebs eines Dritten (in der Regel eines Geschäftsbesorgers über einen sog. Management-Vertrag), ohne diesem das Recht zu übertragen, die Krankenhausleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu erbringen, ist ebenfalls kein Trägerwechsel anzunehmen. Erbringt dagegen der „Geschäftsbesorger“ die Krankenhausleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, ist von einem Trägerwechsel auszugehen“).

<sup>1600</sup> Bspw. § 25 LKHG B-W, § 12 LKHG Niedersachsen; hierzu auch *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 181 (mit dem zutreffenden Hinweis, dass die Landeskrankenhausgesetze dies auch anders regeln könnten).

<sup>1601</sup> So auch *Ziegler*, ZInsO 2014, 1577, 1582.

<sup>1602</sup> *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 186.

<sup>1603</sup> So – ohne Begründung – MüKoZPO/*Stackmann*, § 240 Rn. 19; ebenso *Zöllner/Greger*, ZPO, § 240 Rn. 8.

<sup>1604</sup> BFH NJW 1998, 630, 631; BAG NJW 1984, 998; s. auch *Stadler/Musielak/Voit*, ZPO, § 240 Rn. 5.

<sup>1605</sup> BGH II ZR 140/93 = NJW 1995, 1170; s. auch *Uhlenbruck/Mock*, InsO, § 85 Rn. 25.

sowie um den Widerruf der Planaufnahme geht.<sup>1606</sup> Dies ließe sich maßgeblich mit den Besonderheiten der stationären Versorgung gesetzlich versicherter Patienten begründen, wie sie in den §§ 39, 108 SGB V zum Ausdruck kommt, da der Krankenhausträger nur Anspruch auf weitere Zahlungen durch die Kostenträger hat, soweit die Zulassung auch weiterhin besteht.

Es bleibt zunächst festzuhalten, dass Kriterien für die Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und mittelbarer Betroffenheit weder klar erkennbar noch praktikabel erscheinen. Zudem ist ein rein tatsächliches Bedürfnis nach einer Unterbrechung der in Rede stehenden Prozesse aus Sicht des Insolvenzverwalters angesichts der Bedeutung für das wirtschaftliche Konzept des Krankenhausträgers nicht von der Hand zu weisen, denn in aller Regel wird das Ausscheiden aus der Versorgung gesetzlich versicherter Patienten auch das Ausscheiden des Krankenhauses aus dem Markt bedeuten, sobald und soweit die Krankenkassen die weitere Vergütung der Krankenhausleistungen ablehnen. Auch erscheint eine zwingende Unterscheidung zwischen persönlicher Betroffenheit des Schuldners und der unternehmensbezogenen Betroffenheit auf den ersten Blick zwar überzeugend, ist aber im Hinblick auf die tendenziell weite Auslegung des Anwendungsbereichs von § 240 ZPO nicht zwingend.<sup>1607</sup> Die Betroffenheit der Masse ergibt sich gerade mit Blick auf die weitere Betriebsfortführung, deren Möglichkeit nur dann realistisch besteht, wenn es dem Insolvenzverwalter möglich ist, in Bezug auf krankenhaushausplanerische Entscheidungen Maßnahmen zu ergreifen. Nur ein solch funktional-wirtschaftliches Verständnis schafft einen Ausgleich zwischen den betroffenen insolvenz- und zivilprozessualen Anliegen, vermag es auch – ebenso wie die Unterscheidung zwischen mittelbarer und bloßer wirtschaftlicher Betroffenheit – im Einzelfall Abgrenzungsproblemen mit sich zu bringen. Zudem ergibt sich so eine stringente Abstimmung mit der gesetzgeberischen Entscheidung in § 12 GewO, welche dem Interesse an der Sicherung der Betriebsfortführung dadurch Rechnung trägt, dass während der Dauer des Insolvenzverfahrens keine Untersagungsverfügungen ergehen dürfen. Dieses Anliegen muss auch prozessual sichergestellt werden<sup>1608</sup>; entsprechendes gilt dann nach hier vertratener Auffassung auch für den spezialgesetzlichen Bereich der krankenhaushausrechtlichen Planungsentscheidungen. Abschließend erscheint eine solche Auslegung auch mit dem Wortlaut des § 240 ZPO vereinbar, welcher nur davon spricht, dass die Insolvenzmasse von dem Verfahren betroffen sein muss, ohne die Reichweite der Betroffenheit weiter zu konkretisieren.<sup>1609</sup> Letztlich ist nur so eine

---

<sup>1606</sup> Zu Fragen des Rechtswegs vgl. *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 158 f.

<sup>1607</sup> So auch *Rückert*, Einwirkung des Insolvenzverfahrens auf schwebende Prozesse, S. 76.

<sup>1608</sup> So wohl auch zu verstehen *Marcks*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 12 Rn. 2b; Uhlenbruck/*Mock*, InsO, § 85 Rn. 41; umfänglich hierzu auch *Koerfer*, Gewerbe- und Berufsrecht im Spannungsfeld zum Insolvenzverfahren. S. 100 ff.

<sup>1609</sup> i. E. anders hingegen *Koerfer*, Gewerbe- und Berufsrecht im Spannungsfeld zum Insolvenzverfahren. S. 104 f. („Der Begriff der Masserelevanz ist der Insolvenzzordnung nicht bekannt und erscheint infolge seiner Unschärfe zudem wenig geeignet, den Begriff der Insolvenzmasse in § 35 InsO zu erweitern und das Insolvenzverfahren dahingehend auszuweiten.“); dagegen ist anzuführen, dass nicht der Begriff der Insolvenzmasse erweitert wird, sondern diese lediglich betroffen sein muss und eine solche Betroffenheit dem Sprachgebrauche nach gerade auch von außerhalb erfolgen kann.

Betriebsfortführung des insolventen Krankenhauses im Interesse der Insolvenzmasse bis zum Ende des Insolvenzverfahrens und darüber hinaus zu erreichen.

Alle geschilderten Prozesse werden damit nach hier vertretener Auffassung gem. § 173 VwGO i.V. mit § 240 S. 1 ZPO durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochen.

## **b) Die Gewerbekonzession**

Im Anschluss an die Darstellung der Bedeutung des § 240 ZPO für krankenhauplanerische Prozesse bleibt festzuhalten, dass die dort aufgeführten Erwägungen gerade auch dann gelten, wenn ein verwaltungsgerichtliches Verfahren in Rede steht, das eine Gewerbeuntersagung zum Gegenstand hat, so dass auch dieses im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Krankenhausträgers unterbrochen wird.

## **II. Rechtsschutzbedürfnis**

Klärungsbedürftig erscheint vor diesem Hintergrund nun, inwieweit ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, wenn der Insolvenzverwalter ein prozessuales Verfahren um die Rechtmäßigkeit einer Planungsentscheidung aufnimmt, obwohl der Krankenhausbetrieb aus wirtschaftlichen Gründen im Zuge des Insolvenzverfahrens bereits eingestellt wurde.

Ob in einem solchen Fall dem dem Insolvenzverwalter das Rechtsschutzbedürfnis für die gleichwohl aufrechterhaltene Klage zusteht, hängt dabei von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>1610</sup>

### **1. Rechtsschutzbedürfnis bei Einstellung des Krankenhausbetriebes**

Nach der Auffassung des Bundessozialgerichts<sup>1611</sup> ist grundsätzlich auch bei Einstellung des Krankenhausbetriebes von dem Fortbestehen des Rechtsschutzbedürfnisses auszugehen. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt begehrte der klagende Krankenhausträger den Abschluss eines Versorgungsvertrages, die Entscheidung lässt sich aber in Bezug auf das Rechtsschutzbedürfnis auch auf behördliche Planentscheidungen übertragen. Das Gericht<sup>1612</sup> führte hierzu aus:

*„Sie [der klagende Krankenhausträger] hat den Betrieb der Klinik nur eingestellt, weil diese nach ihrer Darstellung ohne Versorgungsvertrag auf Dauer wirtschaftlich nicht existieren kann. Hierdurch ist das Rechtsschutzinteresse der Kl. am Abschluss eines Versorgungsvertrags nicht entfallen, sondern besonders deutlich geworden. Der Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages nach § 109 oder nach § 111 SGB V setzt nicht voraus, dass bereits vor Vertragsschluss eine entsprechende Einrichtung betrieben wird. Die Krankenkassen bzw. Krankenkassenverbände müssen dann, wenn dies nicht der Fall ist, allein auf der Grundlage der vorgelegten*

---

<sup>1610</sup> Instrukтив *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 516 f.

<sup>1611</sup> BSG, Urteil v. 19.11.1997 - 3 RK 1/97 = NZS 1998, 429.

<sup>1612</sup> Ebd.

*Planung der Einrichtung über den Abschluss eines Versorgungsvertrages entscheiden.“*

Die Annahme des Rechtsschutzbedürfnisses überzeugt, als dass sie entscheidend darauf abstellt, ob die Versorgung der Patienten nach Planaufnahme bzw. Abschluss des Versorgungsvertrages vom Krankenhausträger tatsächlich wahrgenommen werden kann, ohne dass es darauf ankäme, ob das Krankenhaus im Zeitpunkt der Klage tatsächlich betrieben werde. Mit dem Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses wird allgemein, d.h. auch für verwaltungsgerichtliche Prozesse<sup>1613</sup>, zum Ausdruck gebracht, dass nur derjenige, welcher mit dem von ihm angestregten gerichtlichen Rechtsschutzverfahren ein rechtsschutzwürdiges Interesse verfolgt, einen Anspruch auf eine gerichtliche Sachentscheidung hat und dass bei Fehlen eines solchen Interesses das prozessuale Begehren als unzulässig abgewiesen werden muss.<sup>1614</sup> Bei prozessualen Leistungs- und Gestaltungsklagen ist das Rechtsschutzbedürfnis in der Regel zu bejahen und nur ausnahmsweise zu verneinen, wenn besondere Umstände vorliegen. Anzunehmen ist dies, wenn auch ein Obsiegen dem Kläger keinen rechtlichen Vorteil bringen würde, es einfachere oder effektivere Möglichkeiten des Rechtsschutzes gäbe oder sich die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes als missbräuchlich herausstellen würde.<sup>1615</sup>

Hieraus folgt, dass das Rechtsschutzbedürfnis dann zu verneinen wäre, wenn die Planaufnahme oder der Abschluss eines Versorgungsvertrages tatsächlich im Zeitpunkt der Entscheidung einen bestehenden Krankenhausbetrieb voraussetzen würde.<sup>1616</sup> So ließe sich die Ausführung einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>1617</sup> verstehen, soweit dieses ausführt, „dass dem Klagebegehren<sup>1618</sup> durch die mit der Insolvenz der ursprünglichen Kl. eingeleitete und im Beschwerdeverfahren mit der Einstellung des Krankenhausbetriebes und der Entlassung aller Mitarbeiter fortgesetzte Entwicklung die Grundlage entzogen worden ist“.<sup>1619</sup>

---

<sup>1613</sup> Im Rahmen von Versorgungsverträgen/Planentscheidungen handelt es sich in aller Regel um verwaltungsrechtliche Anfechtungs- oder Verpflichtungssituationen, vgl. *Stollmann*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 111 ff.; für die ausnahmsweise Zuständigkeit der Sozialgerichte vgl. ebd. Rn. 158 f.; zur richtigen Klageart bei Ablehnung des Abschlusses eines Versorgungsvertrages im Übrigen *Schrinner*, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 109 SGB V Rn. 6 m.w.N.

<sup>1614</sup> Statt vieler Kopp/*Schenke*, VwGO, Vorb. § 40 Rn. 30.

<sup>1615</sup> Im Überblick ebd. Rn. 37 ff.

<sup>1616</sup> Dass die Möglichkeit des Bestehens eines subjektiven Rechts ein Umstand ist, der insbesondere auch für die Klagebefugnis eine zentrale Rolle spielt und damit dogmatisch besser an dieser Stelle zu diskutieren wäre, soll an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben, hingegen werden die hier in Rede stehende Problematik, soweit ersichtlich, sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses angesprochen, allg. zum Verhältnis Schoch/Schneider/Bier/*Ehlers*, VwGO, Vorb. § 40 Rn. 76 ff; zum Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses aufgrund nachträglich eingetretener Umstände vgl. auch Kopp/*Schenke*, VwGO, Vorb. § 40 Rn. 45.

<sup>1617</sup> BVerwG, Beschluss v. 30.06.2003 - 3 B 171/02.

<sup>1618</sup> Die klagende Krankenhausträgerin beehrte insoweit die Aufnahme in den hessischen Landeskrankenhausplan.

<sup>1619</sup> Diese Frage hingegen letztlich aber aufgrund anderer Gründe offenlassend („Dem braucht hier aber nicht weiter nachgegangen zu werden, weil die von der Beschwerde

Diese Voraussetzung ist hingegen weder § 8 KHG noch § 108 SGB V zu entnehmen. Richtigerweise ist nur zu prüfen, ob ein Krankenhaus bedarfsgerecht und damit auch leistungsfähig und wirtschaftlich ist, ohne dass diese Kriterien zwangsläufig einen laufenden Betrieb voraussetzen.<sup>1620</sup> Andernfalls wäre einem Krankenhaussträger, der sich entschließt, den Betrieb eines Krankenhauses erst dann aufzunehmen, wenn die Finanzierung durch die Möglichkeit der Teilnahme an der stationären Versorgung gesetzlich versicherter Patienten durch eine positive behördliche Entscheidung gesichert ist, ein solches Vorgehen verwirkt. Somit würde ein beachtlicher Teil neuer Krankenhäuser nicht in den jeweiligen Krankenhausplan aufgenommen werden können.<sup>1621</sup>

Zuzugeben ist in diesem Zusammenhang hingegen, dass die Einstellung eines Betriebes ein Indiz dafür sein kann, dass das Krankenhaus nicht mehr die Anforderungen der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung erfüllen kann, diese Möglichkeit alleine lässt hingegen nicht schon das Rechtsschutzbedürfnis entfallen. Eine andere Auffassung würde demgegenüber bedeuten, dass eine betriebswirtschaftlich notwendige Entscheidung dazu führte, prozessual das Begehren auf Aufnahme oder Verbleib im Krankenhausplan bzw. auf Abschluss eines Versorgungsvertrages nicht mehr durchsetzen zu können. Eine so weitreichende Auswirkung von Entscheidungen innerhalb eines Insolvenzverfahrens auf krankenhaushausplanerische Belange und damit indirekt auch auf dem prozessualen Rechtsschutz ist hingegen abzulehnen.

## **2. Rechtsschutzbedürfnis bei Auflösung der Gesellschaft i.S.d. § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG**

Handelte es sich bei dem klagenden Krankenhaussträger um eine GmbH und ist die Gesellschaft durch die rechtskräftige Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse aufgelöst (§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG), ist nach herrschender Auffassung die Fortsetzung einer derart aufgelösten Gesellschaft ausgeschlossen.<sup>1622</sup>

In einer solchen Situation ist auch das Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick auf das Begehren auf die Aufnahme in einen Krankenhausplan oder auf den Abschluss eines Versorgungsvertrages zu verneinen.<sup>1623</sup> Das Verwaltungsgericht München<sup>1624</sup> führte hierzu aus, dass aus der Auflösung folge, dass die Trägerin auch bei Stattgeben der Klage keinen neuen Krankenhausbetrieb eröffnen dürfe und die Zulassung auch nicht an Dritte weitergegeben werden könne. Die rein prophylaktische Aufnahme in den Bedarfsplan zur wirtschaftlichen

---

geltend gemachten Zulassungsgründe nach § 132 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 VwGO ohnehin sämtlich nicht vorliegen“).

<sup>1620</sup> So auch *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 517.

<sup>1621</sup> Zur verfassungsrechtlichen Dimension der Präjudizialität im Rahmen der vergleichbaren Problematik der Bedarfsdeckung durch Dritte vgl. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 26 Rn. 475.

<sup>1622</sup> Statt vieler *MüKoGmbHG/Berner*, § 60 Rn. 277 m.w.N.; insoweit ist auch § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG zu beachten: Wird das Verfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt oder nach der Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, aufgehoben, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft be-schließen“.

<sup>1623</sup> So auch *Quaas*, ZMGR 2004, 179, 187.

<sup>1624</sup> VG München, Urteil v. 28.05.2003 – Az. M 9 K 00.334.

Verwertung dieser Rechtsstellung sei nicht möglich. Dem ist vor dem Hintergrund der bereits dargestellten fehlenden dinglichen Wirkung der Zulassung aufgrund der Anknüpfung an den Krankenhausträger<sup>1625</sup> zuzustimmen.

### **III. Zusammenfassung**

Richtigerweise fällt das Recht auf Teilnahme an der stationären Versorgung gesetzlich krankenversicherter Patienten aufgrund der höchstpersönlichen Natur nicht in die Insolvenzmasse des Krankenhausträgers. Demgegenüber lässt sich hieraus nicht ableiten, dass bei diesbezüglichen prozessualen Streitigkeiten die Insolvenzmasse nicht i.S.d. § 240 ZPO betroffen wäre. Hierfür reicht wie aufgezeigt aus, dass eine negative Planentscheidung weitreichende tatsächliche Auswirkungen hat, welche vor dem Hintergrund der Möglichkeit der Betriebsfortführung und der dadurch für die Masse zu erzielenden Erlöse zu betrachten sind. Diese Einordnung gilt sowohl für die krankenhausrechtliche Besonderheit der Bedarfsplanung als auch für eine gewerberechtliche Untersagungsverfügung.

Ob ein Rechtsschutzbedürfnis auch nach Betriebseinstellung in Bezug auf die Teilnahme an der stationären Versorgung besteht, ist nicht allgemein zu beantworten, wird aber im Regelfall zu bejahen sein, soweit die Krankenhausgesellschaft noch nicht aufgelöst ist, da weder das KHG noch das SGB V in Bezug auf die Krankenhausplanung einen tatsächlichen Betrieb des Krankenhauses voraussetzen.

## **G. Der Krankenhausinsolvenzverwalter**

Die sachgerechte Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters gilt, viel zitiert, als „Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens“.<sup>1626</sup> Angesichts der Bedeutung soll im Folgenden die Auswahl und die Stellung des Insolvenzverwalters im Lichte der Besonderheiten einer Krankenhausinsolvenz näher beleuchtet werden.

### **I. Grundsätze nach § 56 InsO**

§ 56 Abs. 1 S. 1 InsO bestimmt, dass zum Insolvenzverwalter eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige, natürliche Person zu bestellen ist. Weitere Voraussetzungen für die Bestellung normiert § 56 InsO nicht.

Die Eignung ist also für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen, d.h. der Verwalter muss die Problemstellungen des jeweiligen Insolvenzverfahrens, wie die Unternehmensgröße, Branche, Marktpositionierung, nach Überzeugung des bestellenden Gerichtes sicher beherrschen.<sup>1627</sup>

Das Merkmal der Geschäftskundigkeit setzt ein auf den konkreten Fall bezogenes Sonderwissen voraus, welches ihm ermöglicht, gerade die speziellen

---

<sup>1625</sup> S. oben Erster Teil I. B.

<sup>1626</sup> Statt vieler K. Schmidt/Ries, InsO, § 56 Rn. 1.

<sup>1627</sup> S. ebd., Rn. 12.

Geschäfte und Problemlagen des Schuldners nach Art und Umfang souverän und erfolgreich zu lösen.<sup>1628</sup> Spezielle Branchenkenntnisse sind nicht zwingende Voraussetzung, aber gleichwohl vorteilhaft und ein Indiz für die Tauglichkeit bezogen auf den Einzelfall.<sup>1629</sup> Eine Eignung im jeweiligen Einzelfall i.S.d. § 56 Abs. 1 kann so z.B. dann vorliegen, wenn ein Insolvenzverwalter bereits zuvor Insolvenzverfahren in der Geschäftssparte des schuldnerischen Unternehmens erfolgreich abgewickelt hat.<sup>1630</sup>

*Reholz*<sup>1631</sup> bemüht in diesem Zusammenhang das Bild eines Klaviers, auf welchem der Insolvenzverwalter zu spielen habe, um die in § 158 InsO zum Ausdruck kommende Grundidee zu realisieren, einen laufenden schuldnerischen Betrieb zumindest bis zur Gläubigerversammlung fortzuführen, sofern dies ohne erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse möglich sei. Nicht bedeutet das Merkmal der Geschäftskundigkeit hingegen, dass der Insolvenzverwalter der Berufsgruppe des Schuldners angehören muss.<sup>1632</sup>

Letztlich handelt es sich bei der Wahl des Verwalters und auch der Frage, welchem Berufskreis dieser angehören soll, um eine Ermessensentscheidung des Gerichts.<sup>1633</sup>

## II. Insolvenzverwalterspezifische Aufgaben

Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters wird zentral durch § 80 Abs. 1 InsO geprägt; die dadurch angeordnete Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Verwalters hat dem zentralen Ziel der möglichst optimalen Gläubigerbefriedigung zu dienen.<sup>1634</sup> Sie befähigt den Verwalter zur Inbesitznahme der Insolvenzmasse (§ 148 InsO) zu ihrer Ergänzung durch Führen von Masseprozessen und Insolvenzanfechtungsprozessen (§§ 129 ff. InsO) sowie durch einstweilige Unternehmensfortführung, zu ihrer Verwertung und Verteilung des Verwertungserlöses.

Der Insolvenzverwalter ist Liquidationsorgan, soweit eine Gläubigerbefriedigung durch Liquidation der Insolvenzmasse aufgrund der Entscheidung der Gläubigerversammlung erfolgen soll<sup>1635</sup>; soll wiederum die Gläubigerbefriedigung durch einen Insolvenzplan erreicht werden, hat der Verwalter nicht die eigentliche Stellung eines Exekutivorgans zur Masseliquidierung inne, sondern seine Aufgaben und Befugnisse im Planverfahren sind eigenspezifischer Art.<sup>1636</sup>

Gerade die bereits skizzierte Pflicht zur (einstweiligen) Unternehmensfortführung, aber auch die Unternehmensfortführung im Rahme von Sanierungsmaßnahmen erfordern von dem Insolvenzverwalter ein hohes Maß an

---

<sup>1628</sup> Ebd., Rn. 18.

<sup>1629</sup> *Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 56 Rn. 56.

<sup>1630</sup> *MüKoInsO/Graeber*, § 56 Rn. 24.

<sup>1631</sup> *Ders./Mönnig*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, § 3 Rn. 6 ff.

<sup>1632</sup> *S. Gerhardt*, in: Jaeger, InsO, § 56 Rn. 51.

<sup>1633</sup> *M.w.N.* ebd., Rn. 38.

<sup>1634</sup> *S. Gottwald/Klopp/Kluth/Pechartscheck*, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 22 Rn. 1.

<sup>1635</sup> *Instruktiv K. Schmidt*, in: *ders./Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung, Insolvenz, Rz. 383.

<sup>1636</sup> *S. Gottwald/Klopp/Kluth/Pechartscheck*, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 22 Rn. 3.

unternehmerischen Fähigkeiten, zudem treffen den Verwalter grundsätzlich auch alle Arbeitgeberpflichten, die aufgrund von Arbeits- und Tarifverträgen, sowie Betriebsverfassungsrecht und Gesetz vor Verfahrenseröffnung dem Schuldner oblagen.<sup>1637</sup>

Im Rahmen dieses Pflichtenkanons bedarf es einer vertieften Kenntnis der Besonderheiten der Branche, in der der insolvente Rechtsträger agiert, um die komplexe Aufgabe bewältigen und seiner verantwortungsvollen Aufgabe als Schlüsselakteur des Insolvenzverfahrens gerecht werden und somit auch Haftungsrisiken<sup>1638</sup> vermeiden zu können. Ein kursorischer Überblick dieser Spezifika soll folgend gegeben werden.

### III. Besonderheiten des Krankenhaussektors

Hinsichtlich der Fortführung des Krankenhausbetriebes gilt zunächst zu beachten, dass der Insolvenzverwalter nicht selbst einer Gewerbeerlaubnis bedarf, selbst wenn der insolvente Krankenhausträger nach § 30 GewO konzessionspflichtig ist, denn in der Insolvenz eines Gewerbetreibenden reicht das Vorliegen einer Gewerbeerlaubnis des Schuldners aus, damit der Insolvenzverwalter den Betrieb des Schuldners fortführen kann.<sup>1639</sup>

Abgesehen davon verlangen die bereits skizzierten komplexen Strukturen des Gesundheitswesens, die nur bedingt mit der Funktionsweise weniger regulierter Märkte vergleichbar sind, und insbesondere die Rolle der Kostenträger vom Insolvenzverwalter eine gute Kenntnis der beteiligten Stakeholder sowie Fingerspitzengefühl und Lösungsansätze, die über rein betriebswirtschaftliche Prozesse hinausgehen.

Im Rahmen der Insolvenz einer kommunalen Krankenhausgesellschaft ist auch immer die politische Komponente zu berücksichtigen. Die Erkenntnis von *Runkel/Schulte*<sup>1640</sup>, dass bei vielen Kommunalpolitikern nach wie vor die Überzeugung vorherrsche, dass ein kommunaler Krankenhausbetrieb nicht geschlossen werden könne, da dies in der Öffentlichkeit – auch in Bezug auf die nächste Kommunalwahl – auf keine Akzeptanz treffe, selbst wenn der nächste Krankenhausbetrieb in ausreichender Entfernung liege, trifft auch weiterhin uneingeschränkt zu. Die Aufsichtsgremien vor allem von kleineren kommunalen Krankenhäusern sind vielfach noch ausschließlich oder überwiegend mit Kommunal- bzw. Kreispolitikern besetzt. Gerade im Umfeld der Schließung von Krankenhäusern spielt die Frage, ob für die Bevölkerung vor Ort denn irgendeine Art der medizinischen Versorgung erhalten bleibt, auch wenn das betreffende Krankenhaus geschlossen wird, eine zentrale Rolle.<sup>1641</sup> Dies ist auch innerhalb der Bevölkerung ein bedeutender Faktor, welche der Schließung aus

---

<sup>1637</sup> Hierzu Gottwald/*Klopp/Kluth/Pechartscheck*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 22 Rn. 49.

<sup>1638</sup> Zur Insolvenzverwalterhaftung vgl. statt vieler MüKoInsO/*Brandes/Schoppmeyer*, § 60 Rn. 1 ff.

<sup>1639</sup> S. *KPB/Webel*, InsO, § 157 Rn. 9; zu den Problemen der Betriebsfortführung bspw. einer freiberuflichen Arztpraxis vgl. *Kluth*, NJW 2002, 186 ff.

<sup>1640</sup> *Dies.*, ZIP 2008, 852, 853.

<sup>1641</sup> Vgl. etwa den Bericht „Kampf um die Grundversorgung“, F.A.Z. online v. 01.04.2013, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/schliessung-von-krankenhaeusern-kampf-um-die-grundversorgung-12133920.html> (22.02.2018).



Angst vor einer nicht mehr ausreichenden medizinischen Versorgung fast immer ablehnend gegenübersteht.<sup>1642</sup> Insolvenzverfahren über das Vermögen von Unternehmen, die sich mittelbar in staatlicher Hand befinden, sind aber auch deshalb besonders öffentlichkeitswirksam, weil an dem Erfolg oder Misserfolg der unternehmerischen Tätigkeit nicht nur die Leistungsfähigkeit der staatlichen Finanzen, sondern auch die Eignung der politischen Entscheidungsträger gemessen wird.<sup>1643</sup> Gerade für den Insolvenzverwalter bedeutet dies, über die üblichen Informationspflichten der Insolvenzordnung hinaus für eine größtmögliche Transparenz zu sorgen.<sup>1644</sup>

Die öffentlich-rechtlichen Besonderheiten wurden bereits in diesem Teil dargestellt und erfordern besondere Aufmerksamkeit vom involvierten Insolvenzverwalter. Die Krise des Krankenhauses muss auch immer im Lichte gesetzlicher Finanzierungsbedingungen gesehen werden. Zudem ist die Anzahl der Stakeholder im Rahmen eines Krankenhausbetriebes besonders hoch. Diese Faktoren sind bei der Auswahl des Insolvenzverwalters durch das Gericht zu berücksichtigen. Dieser steht insbesondere vor der Herausforderung der Kommunikation mit den Planungs- und Förderbehörden, um etwa den Widerruf von Fördermittelbescheiden zu verhindern und eine Sanierung des Fördermittelnnehmers im Insolvenzplanverfahren in Abstimmung mit der Förderbehörde zu erreichen.<sup>1645</sup> Von Bedeutung kann auch eine Anpassung der bisherigen Festlegungen des Krankenhausplans an ein geändertes Leistungsvermögen sein, welches im Austausch mit der zuständigen Behörde zu erreichen versucht werden kann, um so einen Widerruf der Planzulassung zu verhindern. Im Lichte der Besonderheiten des Trägerwechsels und der damit einhergehenden Notwendigkeit eines erneuten Feststellungsbescheides, muss ein Sanierungsplan stets mit den Planungsbehörden abgestimmt werden. Dies muss spiegelbildlich auch im Verhältnis des übertragenden Rechtsträgers zum Übernahmehesinteressenten abgebildet und etwa eine aufschiebende Bedingung in den Übertragungsvertrag aufgenommen werden.<sup>1646</sup>

Überdies liegt in der Mehrpoligkeit des Leistungsaustausches, bei welcher die Vergütung nicht direkt von den Nachfragern der Leistungen, sondern über ein Versicherungssystem erfolgt, eine zusätzliche Besonderheit der Insolvenz eines Krankenhauses, die durch den Insolvenzverwalter gehandhabt werden muss.

Immer ist auch das Spannungsfeld zwischen Wachstums- und Qualitätsorientierung hinreichend zu berücksichtigen und bspw. das medizinische Leistungsvermögen einer Fachabteilung mit einzubeziehen.<sup>1647</sup> Auf die Notwendigkeit, Gewinne realisieren sowie Verluste ausgleichen zu müssen, reagieren die Geschäftsführungen der Krankenhäuser unter anderem mit der Steigerung der Leistungen und damit der Erlöse, mit Kürzungen des Personaleinsatzes sowie – und dieses betrifft vor allem Ärzte und Pflegekräfte – mit der Forderung nach

---

<sup>1642</sup> Ebd.

<sup>1643</sup> Zu dieser Erkenntnis auch *Niering*, FS Vallender, 349, 359.

<sup>1644</sup> Ebd.

<sup>1645</sup> vgl. *Bornheimer/Krumm*, KTS 2008, 145, 160 ff.

<sup>1646</sup> So auch *Ziegler*, ZinsO 2014, 1577, 1583.

<sup>1647</sup> *Lüngen/Zhluhan*, in: *Debatin/Ekkernkamp/Schulte/Tecklenburg*, Krankenhausmanagement, S. 138.

mehr Leistungen pro Zeiteinheit.<sup>1648</sup> Die Handhabung dieser Problematik ist insbesondere im Rahmen von Sanierungsbemühungen von besonderer Bedeutung. Hier ist das unternehmensinterne Wertsteigerungspotential durch Restrukturierungen zu erfassen, bspw. durch die Erschließung neuer Geschäftsfelder oder durch die Reorganisation klinischer und nicht-klinischer Strukturen.<sup>1649</sup>

Abschließend sind die Leistungen innerhalb eines Krankenhauses hoch integrativ, d.h. der Kunde/Patient selbst ist der Inputfaktor des Leistungserstellungsprozesses. Dies bringt Besonderheiten, wie z.B. die Simultanität von Leistungserstellung und Leistungsabgabe mit sich und stellt das Management vor, ebenso vom Insolvenzverwalter im Rahmen von Sanierungsbemühungen zu berücksichtigende, Herausforderungen, wie etwa in Bezug auf die Prozessanalyse und das Prozessmanagement.<sup>1650</sup>

Diese Besonderheiten dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch Krankenhausunternehmen, wie andere Wirtschaftsteilnehmer, flexible Leistungsstrukturen nutzen und nutzen müssen, mit denen sie auf Marktveränderungen schnellstmöglich und effizient reagieren. Letztlich sind Krankenhäuser damit, unter besonderer Berücksichtigung ethischer Gesichtspunkte, dem Grunde nach wie Unternehmen anderer Wirtschaftszweige zu strukturieren und zu führen.<sup>1651</sup>

#### **IV. Informationspflichten des Insolvenzverwalters bei beabsichtigter Stilllegung des Krankenhausbetriebes**

Neben den grundlegenden Erwägungen der Verwalterauswahl und der durch den Verwalter zu berücksichtigenden Besonderheiten des Krankenhausesektors stellt sich speziell in Bezug auf die Fördermittelgeber die Frage der Reichweite der Informationspflichten des Insolvenzverwalters, soweit dieser die Stilllegung des Krankenhausbetriebes beabsichtigt.

##### **1. Hintergrund**

Die Gewährung der Fördermittel erfolgt zur Förderung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks. Bezogen auf den Krankenhaussektor sollen die Investitionen der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung zugutekommen. Wie bereits aufgezeigt, kann die Einstellung des Krankenhausbetriebes die Annahme rechtfertigen, dass der mit der Förderung verfolgte Zweck nicht mehr erreicht werden wird, so dass eine weitere Förderung ausscheidet und der begünstigende Verwaltungsakt gegenüber dem Insolvenzverwalter zu widerrufen ist. Zudem wurde aufgezeigt, dass die Vorhaltung ausreichender Kapazitäten für die stationäre Versorgung eine Staatsaufgabe ist, soweit jene gefährdet ist. Würde die öffentliche Hand erst unmittelbar vor der Einstellung des Krankenhausbetriebes informiert, ergäbe sich unter

---

<sup>1648</sup> S. Naegler, KH 2016, 123.

<sup>1649</sup> Schröder/Gumbrich, in: Blum/Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus, S. 20.

<sup>1650</sup> Einzelheiten zum Leistungserstellungsprozess im Krankenhaus, insbesondere Kapazitätsentscheidungen, bei Schlüchtermann, Betriebswirtschaft und Management im Krankenhaus, S. 11 ff.

<sup>1651</sup> Vgl. etwa auch Schwintowski, CB 2016, 156 ff.

Umständen die Problematik, dass dieser Aufgabe nicht ausreichend nachgekommen werden kann und somit das Wohl der Patienten gefährdet wäre.

Die Entscheidung darüber, ob der Betrieb fortgeführt oder eingestellt werden soll, trifft zwar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 157 S. 1 InsO die Gläubigerversammlung im Berichtstermin. Bis dahin ist aber der Insolvenzverwalter grundsätzlich verpflichtet, das schuldenrische Unternehmen fortzuführen. Von diesem Grundsatz kann dann abgewichen werden, wenn die Stilllegung vor dem Zeitpunkt des Berichtstermins aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen unumgänglich ist.<sup>1652</sup>

Will der Insolvenzverwalter vor dem Berichtstermin den Krankenhausbetrieb stilllegen, so hat er gem. § 158 Abs. 1 InsO die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen, soweit einer bestellt ist. § 158 Abs. 2 InsO normiert sodann die Pflicht des Insolvenzverwalters, vor Beschlussfassung des Gläubigerausschusses, bzw. wenn ein solcher nicht bestellt ist, vor der Stilllegung des Betriebes den Schuldner zu unterrichten. Diese Anordnung dient dem Schutz des Schuldners, welcher über das Insolvenzgericht erreichen kann, dass die Stilllegung verhindert wird.<sup>1653</sup> Weitere Auskunftspflichten statuiert die Norm nicht.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob auch die zuständige Aufsichtsbehörde, der kommunale Gesellschafter bzw. das Land/Kommune oder eine Behörde in ihrer Eigenschaft als Gläubiger einen Auskunftsanspruch hinsichtlich der beabsichtigten Stilllegung des Krankenhausbetriebes besitzt und auf welche Rechtsgrundlage ein solches Recht gestützt werden kann.

## **2. Auskunftsanspruch der Aufsichtsbehörde**

Zunächst kommt ein Auskunftsanspruch der krankenhausrechtlichen Aufsichtsbehörden in Betracht.

### **a) Maßgebliche Bestimmungen der Landeskrankenhausgesetze**

Bundesgesetzlich normiert § 28 Abs. 1 KHG zunächst eine Auskunftspflicht der nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhausträger gegenüber dem Bundesministerium für Gesundheit über diejenigen Umstände, die für die Beurteilung der Bemessung und Entwicklung der Pflegesätze benötigt werden. Gleiches gilt gegenüber den zuständigen Behörden der Länder. S. 2 bestimmt, dass unter die Auskunftspflicht insbesondere die personelle und sachliche Ausstattung sowie die Kosten der Krankenhäuser fallen. Abschließend bestimmt S. 3, dass die zuständigen Landesbehörden von den Krankenhausträgern Auskünfte über diejenigen Umstände verlangen können, die sie für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben bei der Krankenhausplanung und Finanzierung benötigen. Vor diesem Hintergrund konkretisieren die Krankenhausgesetze der Länder die Auskunftspflichten der jeweiligen Krankenhausträger. So bestimmt etwa Art. 24 S. 1 BayKrG, dass die Krankenhausträger der

---

<sup>1652</sup> Zu den Stilllegungsgründen vgl. Uhlenbruck/*Zipperer*, § 85 Rn. 5 ff. („Allein der Umstand, dass das Unternehmen nicht kostendeckend arbeitet, ist nicht genügen, allerdings dann, wenn im Rahmen der Fortführung eines Unternehmens die ständige Finanzierbarkeit der Massekosten und Verbindlichkeiten nicht sichergestellt ist“).

<sup>1653</sup> Einzelheiten bei K.Schmidt/*Jungmann*, InsO, § 158 Rn. 14 ff.

Krankenhausplanungsbehörde<sup>1654</sup> über alle für die Krankenhausplanung bedeutsamen Angelegenheiten auf Verlangen Auskunft zu erteilen haben. S. 2 verpflichtet den Krankenhausträger, die zur Beurteilung der Förderung notwendigen Auskünfte zu erteilen und auf Verlangen zu belegen.

Für die Krankenhäuser in Nordrhein-Westfalen bestimmt § 11 Abs. 3 KHGG NRW, dass die Krankenhausträger verpflichtet sind, der zuständigen Aufsichtsbehörde die für die Durchführung der Aufsicht erforderlichen Auskünfte zu erteilen und deren Beauftragten Zutritt zu gewähren. Die unteren Aufsichtsbehörden sind gem. § 11 Abs. 4 KHGG NRW die kreisfreien Städte und Kreise.

Ähnliches regelt § 11 Abs. 1 LKHG Hessen: „Die Krankenhäuser sind verpflichtet, dem für das Krankenhauswesen zuständigen Ministerium unter Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht und des Datenschutzrechts die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, insbesondere über [...] die zur Beurteilung der sparsamen und wirtschaftlichen Betriebsführung, für die Belange der Krankenhausplanung und zur Erstellung der Krankenhausbauprogramme notwendig sind“.

Allgemein lässt sich zunächst festhalten, dass die Krankenhäuser keiner allgemeinen Rechtsaufsicht durch die Länder unterliegen, entscheidend ist die entsprechende Regelung im Landeskrankenhausgesetz. Insgesamt zehn Bundesländer stellen ihre Krankenhäuser unter die Rechtsaufsicht der jeweils für das Krankenhauswesen zuständigen Behörde.<sup>1655</sup> Rechtsaufsicht bedeutet zum einen Kontrolle eines Trägers hoheitlicher Verwaltung durch eine übergeordnete Behörde eines anderen Trägers hoheitlicher Verwaltung und zum anderen Beschränkung auf eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle.<sup>1656</sup> Die Aufsicht erstreckt sich sodann auf die Beachtung der für die Krankenhausträger geltenden Vorschriften, wobei auch hier der Wortlaut der jeweiligen Landeskrankenhausgesetze divergiert. Insgesamt geht es um die Einhaltung der krankenhausrrechtlichen Vorschriften unter Berücksichtigung des Normenzwecks der Krankenhausgesetze, mithin um die Einhaltung derjenigen Normen, die eine patienten- und bedarfsgerechte wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung durch Krankenhäuser sicherstellen sollen.<sup>1657</sup> Hiervon zu trennen ist die Aufsicht durch spezielle Behörden, bspw. auf den Gebieten des Bauwesens, des Arbeitsschutzes oder der ordnungsbehördlichen Kontrolle im Arzneimittel- und Medizinproduktebereich.<sup>1658</sup>

Zur Wahrnehmung dieser Kontrolle sind die Krankenhäuser verpflichtet, der Rechtsaufsichtsbehörde die für die Durchführung der Rechtsaufsicht notwendigen Auskünfte zu erteilen.<sup>1659</sup> Mit dieser Verpflichtung korrespondiert ein Informations- und Auskunftsrecht sowie ein Zutritts- und ein Begehungsrecht der Beauftragten der Aufsichtsbehörden.<sup>1660</sup> Dabei fällt auf, dass sowohl die

---

<sup>1654</sup> In Bayern ist dies das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, vgl. Art. 22 BayKrG.

<sup>1655</sup> S. § 4 BerlKHG; § 11 BbGKHEG; § 5 HmbKHG; § 13 LKHG Hessen; § 8 LKHG M-V; § 11 KHGG NRW; § 15 SKHG; § 26 ThürKHG; § 28 SächsKHG; § 30 BremKHG.

<sup>1656</sup> S. Genzel/Degener-Hencke, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 80 Rn. 44.

<sup>1657</sup> Zu dieser Auslegung auch Stollmann, PdK NW, § 11 KHGG NRW Rn. 3 f.

<sup>1658</sup> S. Genzel/Degener-Hencke, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 80 Rn. 40.

<sup>1659</sup> Z.B. § 11 Abs. 3 KHGG NRW.

<sup>1660</sup> S. D. Prütting, KHGG NRW, § 11 Rn. 17.

Rechtsaufsicht als auch der entsprechende Auskunftsanspruch ohne Ansehen der Trägerschaft des Krankenhauses ausgestaltet ist, so dass dieser auch gegenüber privatrechtlich organisierten, als Wirtschaftsunternehmen tätigen Krankenhäusern besteht.<sup>1661</sup>

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass auch diejenigen Bundesländer, die keine Rechtsaufsicht über die Krankenhäuser vorsehen, Auskunftspflichten statuiert haben. So bestimmt etwa § 23 Abs. 1 AG KHG S-H: „Die Krankenhäuser und die Sozialleistungsträger sind verpflichtet, den nach diesem Gesetz zuständigen Behörden Auskünfte zu erteilen, die für die Durchführung dieses Gesetzes, insbesondere für die Krankenhausplanung und die Entscheidung über die Bewilligung von Fördermitteln erforderlich sind. Auskünfte sind zu erteilen insbesondere über die Belegung des Krankenhauses, die Verweildauer, die in Anspruch genommenen Krankenhausleistungen sowie allgemeine statistische Angaben über die Patienten und ihre Erkrankungen.“<sup>1662</sup>

Damit stellt sich die Frage, ob der Umstand, den Krankenhausbetrieb einzustellen, unter die durch die jeweiligen Landeskrankenhausesetze normierten Auskunftspflichten fällt. Dies ließe sich mit dem Argument bezweifeln, dass der Begriff des Versorgungsauftrages sozialversicherungsrechtlicher Natur ist und in den jeweiligen Landeskrankenhausesetzen nicht vorkommt.<sup>1663</sup> Im Rahmen seines Versorgungsvertrages ist das zur stationären Behandlung zugelassene Krankenhaus zur Versorgung der Versicherten verpflichtet, § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V. Dieser Pflicht könnte ein Krankenhaus bei Einstellung des Betriebes nicht mehr nachkommen. Richtigerweise haben die Einhaltung dieser Pflicht vorrangig nicht die Aufsichtsbehörden, sondern die sozialversicherungsrechtlichen Partner des Krankenhauses, mithin die gesetzlichen Krankenkassen, zu überwachen.<sup>1664</sup>

Wie bereits aufgezeigt, handelt es sich bei dem individuellen Versorgungsauftrag nur um die, neben verfassungs- und einfachgesetzlichen Vorgaben, zu berücksichtigende dritte Ebene der staatlichen Krankenhausplanung. Im Vordergrund steht die verfassungsrechtlich determinierte und in den Landeskrankenhausesetzen umgesetzte Sicherstellungsverpflichtung der Länder zur Versorgung der Bevölkerung mit im Bedarfsfall notwendigen Krankenhausleistungen. Diese Sicherstellungsverpflichtung spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn ein bedarfsgerechtes – verstanden im Sinne von bedarfsnotwendiges – Krankenhaus seinen Betrieb einzustellen droht. Wenn also die Rechtsaufsicht darauf zielt, die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen sicherzustellen, umfasst der Auskunftsanspruch gerade auch den Umstand einer beabsichtigten Schließung des Krankenhausbetriebes durch den Insolvenzverwalter vor dem Berichtstermin. Insoweit ist *D. Prütting*<sup>1665</sup>

---

<sup>1661</sup> Bspw. spricht § 11 Abs. 1 KHGG NRW allgemein von „Krankenhäusern“.

<sup>1662</sup> Ähnlich lautende Regelungen in § 8 Abs. 1 LKHG B-W; Art. 24 BayKrG; § 35 Abs. 1 LKG R-P; lediglich die Länder Sachsen-Anhalt und Niedersachsen normieren bloße Auskunftspflichten in Bezug auf die Verwendung von Fördermitteln, nicht hingegen weitergehend auch die Krankenhausplanung bzw. auf Informationen, die notwendig sind, den Gesetzeszweck insgesamt sicherzustellen.

<sup>1663</sup> Hierzu *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 80 Rn. 52.

<sup>1664</sup> Ebd.

<sup>1665</sup> *Dies.*, KHGG NRW, § 11 Rn. 16.

zuzustimmen, dass „will die Aufsichtsbehörde dieser Pflicht nachkommen, [...] sie auch darüber informiert werden [muss], ob ein in den Krankenhausplan [...] aufgenommenes Krankenhaus weiter betrieben oder vor der Schließung steht“. Nach der hier vertretenen Auffassung ändert an dieser Einordnung auch nichts, dass die Sicherstellungsverpflichtung nicht den einzelnen Krankenhaussträger trifft.<sup>1666</sup> Aus der Gesamtsystematik der Normen der Krankenhausplanung und -finanzierung ergibt sich nämlich eine wechselseitige Bezogenheit. Mit anderen Worten findet eine öffentliche Finanzierung und -planung gerade auch deshalb statt, um die Sicherstellungsverantwortung umsetzen zu können, mithin ist die Aufrechterhaltung des Krankenhausbetriebes in direktem Zusammenhang mit den planungs- und finanzierungsrechtlichen Regelungen der Landeskrankenhausgesetze zu sehen. Diese Auffassung wird abschließend auch durch § 28 Abs. 1 S. 3 KHG gestützt, welcher normiert, dass die Landesbehörden diejenigen Auskünfte verlangen können, die sie zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz benötigen, mithin über §§ 1, 6 KHG auch bezüglich der Pflicht der Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung durch die Krankenhausplanung.

Abschließend ist hingegen darauf hinzuweisen, dass sich dieser Auskunftsanspruch nur einfachgesetzlich aus den Normen der jeweiligen Landeskrankenhausgesetze ergibt und deshalb auch nur gegenüber denjenigen Krankenhausträgern zum Tragen kommt, die von der einfachgesetzlichen Regelung erfasst sind.<sup>1667</sup> So gelten manche Landeskrankenhausgesetze nur für diejenigen Krankenhäuser, die öffentlich gefördert werden, mithin in den Krankenhausplan des Landes aufgenommen sind und finden damit keine Anwendung auf Krankenhäuser, für die (lediglich) ein Versorgungsvertrag nach § 108 Nr. 3 SGB V geschlossen wurde.<sup>1668</sup>

## **b) Möglichkeit der Durchsetzung des Auskunftsanspruches nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens**

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Insolvenzverwalter zur Auskunftserteilung verpflichtet, da dieser in die Pflichten des Schuldners eintritt, welche nunmehr nach Maßgabe der Insolvenzordnung zu erfüllen sind.<sup>1669</sup> Klarstellend sei erwähnt, dass der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet ist, von sich aus an die Aufsichtsbehörden heranzutreten, da die öffentlich-rechtlichen Auskunftsansprüche der Landeskrankenhausgesetze zunächst ein aktives Auskunftsbegehren der verantwortlichen Behörden voraussetzen.

---

<sup>1666</sup> Anders als z.B. die Pflicht zur Einrichtung von Patientenbeschwerdestellen, die Sicherstellung eines sozialen Dienstes mit Entlassungs- und Versorgungsmanagement oder die Zusammenarbeit mit anderen Krankenhäusern, dem öffentlichen Gesundheitsdienst, sowie dem Rettungsdienst und dem Katastrophenschutz.

<sup>1667</sup> So wohl auch zu verstehen *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 80 Rn. 50.

<sup>1668</sup> S. z.B. § 2 Abs. 1 KHG B-W.

<sup>1669</sup> Vgl. insbesondere zu öffentlich-rechtlichen Auskunftspflichten auch Uhlenbruck/*Mock*, InsO, § 80 Rn. 105 („In Bezug auf öffentlich-rechtliche Auskunftspflichten kann sich der Insolvenzverwalter nicht darauf berufen, er könne die Auskünfte nicht geben, da er keine eigenen Kenntnisse von den Vorfällen habe.“); ferner s. MüKoInsO/*Ott/Vuia*, § 80 Rn. 46 ff.

*Vallender*<sup>1670</sup> schlägt für den Fall, dass der Insolvenzverwalter dem Auskunftersuchen nicht nachkommt, vor, dass die Aufsichtsbehörde das zuständige Insolvenzgericht einschaltet. Richtig ist, dass der Verwalter im Rahmen der gerichtlichen Aufsicht verpflichtet ist, dem Gericht gem. § 58 Abs. 1 InsO Auskünfte über den Sachstand und die Geschäftsführung zu erteilen. Dies folgt aus der Natur der Rechtsaufsicht, denn nur bei vollständiger Auskunftserteilung durch den Insolvenzverwalter ist das Gericht in der Lage, die Aufsicht sachgemäß vorzunehmen.<sup>1671</sup>

Hingegen ist zu berücksichtigen, dass die Auskunftspflicht nur gegenüber dem Insolvenzgericht besteht.<sup>1672</sup> Die Art und Weise der Ausübung des Aufsichtsrechts gemäß § 58 InsO liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Insolvenzgerichts.<sup>1673</sup> Insoweit also Verfahrensbeteiligte oder Dritte Auskunftsrechte gegen den Insolvenzverwalter geltend machen, können diese nicht über § 58 durchgesetzt werden.<sup>1674</sup> Somit sind die dem Insolvenzgericht nach § 58 InsO erteilten Auskünfte auch nicht zwingend anderen Personen zugänglich zu machen. Es ist nicht Aufgabe des Insolvenzgerichts, den Insolvenzverwalter zur Erteilung von Auskünften gegenüber anderen Beteiligten anzuhalten, vielmehr ist es Aufgabe der Interessierten, ihren Anspruch gegebenenfalls im gerichtlichen Weg geltend zu machen.<sup>1675</sup> Mag nun die Aufsichtsbehörde auch ein Interesse daran haben, von einer möglichen Schließung zu erfahren, besteht kein Anspruch gegenüber dem Insolvenzgericht auf Weiterleitung dieser Informationen.

Gleichwohl kann jeder Beteiligte dem Insolvenzgericht Hinweise geben oder anregen, dass das Insolvenzgericht gegen ein Verhalten des Insolvenzverwalters einschreiten soll.<sup>1676</sup> Insoweit käme ein Hinweis in Betracht, dass das Verhalten des Verwalters pflichtwidrig sei, weil er gegenüber der Aufsichtsbehörde seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Auskunftserteilung nicht nachkomme. Hingegen können nur solche Pflichten zwangsweise durchgesetzt werden, die dem Insolvenzverwalter nach der Insolvenzordnung obliegen, nicht hingegen die Auskunftspflicht, die sich öffentlich-rechtlich aus den Landeskrankengesetzen ergibt.<sup>1677</sup> Letztlich bliebe also nur der Hinweis, dass der Insolvenzverwalter seiner insolvenzverfahrensspezifischen Auskunftspflicht gegenüber dem Insolvenzgericht gem. § 58 Abs. 1 S. 2 InsO nicht nachkomme; wie aufgezeigt ist das Gericht aber nicht verpflichtet, ggf. zwangsweise erlangte Informationen an die Aufsichtsbehörden weiterzuleiten.

---

<sup>1670</sup> *Vallender*, ZInsO 2016, 773, 777.

<sup>1671</sup> MüKoInsO/*Graeber*, § 58 Rn. 22.

<sup>1672</sup> So ausdrücklich auch *Vallender/Uhlenbruck*, InsO, § 58 Rn. 9.

<sup>1673</sup> *Römermann*, in: Nerlich/ders., InsO, § 58 Rn. 9.

<sup>1674</sup> MüKoInsO/*Graeber*, § 58 Rn. 23.

<sup>1675</sup> Ausdrücklich MüKoInsO/*Graeber*, § 58 Rn. 24.

<sup>1676</sup> *Römermann*, in: Nerlich/ders., InsO, § 58 Rn. 13.

<sup>1677</sup> Hierzu im Einzelnen MüKoInsO/*Graeber*, § 58 Rn. 29 ff. („Die Pflichten im Sinne von § 58 Abs. 2 müssen insolvenzverfahrensspezifisch sein. Dies sind einerseits die Pflichten des Insolvenzverwalters gegenüber dem Schuldner, den Gläubigern, aber auch die gegenüber den Massegläubigern und den Aus- und Absonderungsberechtigten.“).

### c) Schadensersatzverpflichtung des Insolvenzverwalters

Zu unterscheiden von der Frage, ob die Auskunftsbehörde den Anspruch mithilfe des Insolvenzgerichtes durchsetzen kann, ist die Frage, ob eine schuldhaft Verletzung dieser krankenhaushaftlichen Pflicht zu einer Schadensersatzverpflichtung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO führt.<sup>1678</sup>

Dies ist – neben der Problematik der Feststellbarkeit eines Schadens der berechtigten Behörde – jedoch schon deshalb zu verneinen, weil § 60 InsO die Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht voraussetzt („nach diesem Gesetz“). Um eine Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten feststellen zu können, muss der dem § 60 InsO zu Grunde gelegte Pflichtenkreis des Insolvenzverwalters bestimmt werden.<sup>1679</sup> Sanktioniert wird nur die Verletzung solcher Pflichten, die den Insolvenzverwalter in seiner Eigenschaft nach den Vorschriften der Insolvenzordnung treffen.<sup>1680</sup> Dadurch soll der Gefahr einer ausufernden Haftung des Insolvenzverwalters vorgebeugt werden.<sup>1681</sup> Die Auskunftspflicht über krankenhaushalterische Belange ist jedoch als solche keine spezifisch insolvenzrechtliche Pflicht, sondern obliegt vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Krankenhausträger aufgrund landeskrankenhaushaftlicher Regelungen.<sup>1682</sup>

### 3. Auskunftsanspruch des staatlichen und kommunalen Gesellschafters

Im Falle einer kommunalen Krankenhausgesellschaft mbH kommt auch ein mitgliedschaftlicher Informationsanspruch der öffentlichen Hand in Betracht, welcher nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter zu erfüllen wäre.

Insoweit bestimmt § 51a GmbHG, dass die Geschäftsführer jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben haben, wobei die Schließung des Krankenhausbetriebes unzweifelhaft in den Anwendungsbereich der Norm fallen dürfte.<sup>1683</sup> Jedoch können sich Gesellschafter mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr auf ihre allgemeinen Auskunftsrechte, etwa gemäß § 51a GmbHG, berufen, welche insoweit von den spezifisch insolvenzrechtlichen Verfahrensregeln verdrängt werden.<sup>1684</sup>

Mit Rekurs auf eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts<sup>1685</sup> will *Vallender*<sup>1686</sup> hiervon eine Ausnahme zulassen, wenn aus Sicht des kommunalen Gesellschafters bereits Anhaltspunkte für die Schließung des Krankenhausbetriebes vorliegen, da dieser nur so dem gesetzlichen Auftrag

---

<sup>1678</sup> Zu dieser Problematik bereits *Vallender*, ZInsO 2016, 773, 778.

<sup>1679</sup> *Brandes/Schoppmeyer/Uhlenbruck*, InsO, § 60 Rn. 10.

<sup>1680</sup> *Braun/Baumert*, InsO, § 60 Rn. 5.

<sup>1681</sup> Ebd.

<sup>1682</sup> So auch *Vallender*, ZInsO 2016, 773, 778.

<sup>1683</sup> Hierzu *Vallender*, ZInsO 2016, 773, 778; ferner *Leinekugel*, in: Saalfrank, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 6 Rn. 526 ff.

<sup>1684</sup> S. MüKoInsO/Görg/Janssen, § 156 Rn. 37.

<sup>1685</sup> BayObLG, Beschluss v. 08.4.2005 – 3ZR BR 246/04 = ZInsO 2005, 816.

<sup>1686</sup> *Vallender*, ZInsO 2016, 773, 778.



hinreichend gerecht werden könne. Somit soll der Verwalter<sup>1687</sup> verpflichtet sein, der Kommune im Falle der unmittelbar bevorstehenden Schließung des Krankenhauses mitzuteilen, wann die Schließung erfolgen werde.

Dem ist nicht zu folgen. Zwar führt das Gericht aus, dass die Möglichkeit bestehe, dass in besonders gelagerten Einzelfällen der Gesellschafter ein legitimes Interesse haben könne, die von ihm begehrte Auskunft über Fragen, welche die insolvente Gesellschaft betreffen und in den Verantwortungsbereich des Insolvenzverwalters fallen, zu erhalten. Hingegen ist schon nicht erkennlich, wie das legitime Interesse zu konturieren sein soll. Vielmehr unterliegt der Verwalter bei der insolvenzrechtlichen Abwicklung des Gesellschaftsvermögens nicht der Aufsicht der Gesellschaftsorgane. Haben aber die Gesellschafter keine kollektiven Kontrollrechte mehr, so kann die Tätigkeit des Insolvenzverwalters auch nicht Gegenstand des individuellen Informationsrechts gem. § 51a GmbHG sein.<sup>1688</sup> Nur so ist eine die Interessen aller Gläubiger gleichermaßen beachtende Amtsführung möglich, welche eben auch erfordert, den individuellen Einfluss einzelner Gläubiger möglichst zu unterbinden. Vorrangig sind insoweit die Verfahrensregeln der Insolvenzordnung.

Das Interesse des kommunalen Gesellschafters an der Aufrechterhaltung der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen vermag diesen Grundsatz nicht zu durchbrechen. Dieses Anliegen ist über die krankenhausrrechtlichen Aufsichtsbefugnisse und korrespondierenden Informationsrechte zu sichern, so dass keine tragfähige Begründung dafür ersichtlich ist, solche Rechte nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zusätzlich aus § 51a GmbHG abzuleiten.

#### **4.      Auskunftsanspruch der Gläubiger**

Abschließend steht auch dem einzelnen Gläubiger kein Auskunftsanspruch zu. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das Insolvenzrecht allein Auskunfts- und Berichtspflichten des Insolvenzverwalters gegenüber den Gläubigerorganen vorsieht, §§ 69 S. 2, 79 S. 1 InsO.<sup>1689</sup>

#### **5.      Ergebnis**

Die insolvenzbedingte Betriebsstillegung vor dem Berichtstermin stellt eine krankenhauserplanerisch relevante Maßnahme dar, die in den

---

<sup>1687</sup> Oder im Falle der Eigenverwaltung der Schuldner.

<sup>1688</sup> ausführlich MüKoGmbHG/Hillmann, § 51a Rn. 89 f.

<sup>1689</sup> Instruktiv Balthasar, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 156 Rn. 33 ff.; vgl. zu einem zivilrechtlichen Auskunftsanspruch MüKoGmbHG/Hillmann, § 51a Rn. 89 f. („Der Verwalter kann einzelnen Gläubigern jedoch nach allgemein-zivilrechtlichen Grundsätzen zur Auskunft verpflichtet sein. Ein solcher zivilrechtlicher Anspruch kann sich etwa aus § 810 BGB ergeben, sofern der Gläubiger des Einblicks in die Bücher des Schuldners bedarf, um seine Ansprüche bestimmen zu können. Weiter können besicherten Gläubigern besondere Auskunftsrechte zustehen. Ein individueller Auskunftsanspruch kommt daher allenfalls noch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Betracht, wenn der Gläubiger ohne eigenes Verschulden keine hinreichende Kenntnis über sein Recht hat, der Schuldner dagegen in der Lage ist, die erforderlichen Auskünfte ohne Probleme zu erteilen. Diese Auskunftsrechte stehen in der Insolvenz allerdings unter dem Vorbehalt, daß sie die ordnungsgemäße Abwicklung des Insolvenzverfahrens nicht behindern.“).

Anwendungsbereich der krankenhausrechtlichen Informationsbefugnisse fällt und damit der zuständigen Aufsichtsbehörde Auskunft zu erteilen ist. Diese Pflicht obliegt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Insolvenzverwalter. Die Untersuchung hat gezeigt, dass im Falle der Weigerung des Insolvenzverwalters zur Informationserteilung eine Durchsetzung dieses Anspruches durch Einschaltung des Insolvenzgerichts nicht in Betracht kommt, da es nicht die Aufgabe des Insolvenzgerichts ist, den Insolvenzverwalter zur Erteilung von Auskünften gegenüber anderen Beteiligten anzuhalten. Zudem scheidet auch eine Schadensersatzverpflichtung nach Maßgabe des § 60 InsO mangels Verletzung einer insolvenzrechtsspezifischen Pflicht aus.

Der Kommune steht hingegen weder in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter einer kommunalen Krankenhaus-GmbH noch etwaig als Gläubiger ein Auskunftsanspruch zu.

## **A. Krankenhäuser zwischen staatlicher Planung und Finanzierung**

Der weitaus größte Teil der Krankenhäuser in der Bundesrepublik in ein staatliches Planungssystem mit öffentlicher Förderung der Investitionskosten und Erlösen aus Pflegesätzen einbezogen. Aus der Gesamtschau der einschlägigen Normen ergibt sich im Krankenhausrecht ein Zwei-Ebenen-Modell. Im ersten Schritt stellt die nach Landesrecht zuständige Behörde den Krankenhausplan des Landes auf, § 6 KHG, und führt dabei eine Krankenhauszielplanung sowie eine Krankenhaus- und Bedarfsanalyse durch und bestimmt darüber hinaus im Rahmen der Versorgungsentscheidung, mit welchen Krankenhäusern der Bedarf gedeckt werden soll. Im zweiten Abschnitt wird für jedes dieser Krankenhäuser durch konstitutiven Feststellungsbescheid entschieden, ob es in den Krankenhausplan aufgenommen wird oder nicht. Die staatliche Krankenhausplanung wird von politischer Seite damit begründet, dass die Vorhaltung ausreichender Kapazitäten ein öffentliches Gut und dass bei rein wettbewerblicher Konzeption die wohnortnahe stationäre Grundversorgung nicht gewährleistet sei.

Das KHG regelt weiter die Grundlagen und das System der Krankenhausfinanzierung und unterwirft die Plankrankenhäuser einer besonderen Finanzierungsstruktur. Die Einnahmen werden künstlich aufgeteilt, aus mehreren Quellen gespeist und reguliert. Das Krankenhausfinanzierungsrecht ist durch ständige und weiter andauernde Reformen geprägt. Eine zusätzliche Komplexität bedingt das System der dualen Finanzierung sowie der Interessengegensatz zwischen einer angemessenen Finanzierung der Krankenhausleistungen und dem Ziel der Kostensenkung im Gesundheitssektor, welcher durch verschiedenste Regelungen einem Ausgleich zugeführt werden soll. Dies führt zu entsprechenden Schwierigkeiten für Verantwortliche im täglichen Krankenhausbetrieb und erschwert adäquate Reaktionen auf sich ändernde Marktgegebenheiten.

Die ökonomische Untersuchung hat gezeigt, dass die Frage, welche Leistungen ein einzelnes Krankenhaus anbieten will, nicht zur freien Disposition steht, sondern die rechtliche Ausgestaltung der Krankenhausversorgung hier einen entsprechenden Rahmen bereitstellt, so dass zugelassene Krankenhäuser im Rahmen ihres Versorgungsauftrages die notwendigen Behandlungsmöglichkeiten anbieten müssen. Krankenhäuser sind insoweit aus der öffentlich-rechtlichen Rahmenordnung heraus zur Vorhaltung eines umfassenden Leistungsangebotes verpflichtet, welches nicht aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen im Wege der Leistungsminderung oder -veränderung nach eigenem Belieben variiert werden kann. Zugelassene Krankenhäuser bieten damit letztlich ihre regulierten Dienstleistungen mit einem öffentlich-rechtlich regulierten Preis unter Kontrahierungszwang an.

Weiterhin weist auch die Nachfrageseite Besonderheiten auf. Als zentraler Nachfrager ist dem Grunde nach der jeweilige Patient anzusehen, welcher entscheiden kann, in welches Krankenhaus er sich zur Behandlung begibt. Zu konstatieren ist jedoch, dass neben den Notfällen, welche keine Wahlfreiheit ausüben (können), sich ein Großteil der Patienten in stationäre Behandlung aufgrund der Einweisung ihres behandelnden Arztes begeben. Hierbei handelt

es sich weniger um einen Marktvorgang, sondern vielmehr um die Befolgung ärztlichen Rates. Nicht zuletzt ist das Gesundheitswesen durch vergleichsweise starke Informationsasymmetrien zu Lasten der Nachfrager gekennzeichnet, welche ihre Ursache in dem komplexen Wissensgebiet bei häufig nur einmaliger Inanspruchnahme medizinischer Leistungen hat. Es wurde deutlich, warum sich in einem regulierten Markt wie dem Gesundheitswesen bekannte Marktmechanismen nur sehr bedingt übertragen lassen. Insbesondere ist zu konstatieren, dass ökonomische Interessen vorhanden sein können, die einerseits eine einzelwirtschaftliche Optimierung anstreben, andererseits aber nicht automatisch dazu führen, dass die stationäre Versorgung einer Region gewährleistet ist.

Zudem ergeben sich in Bezug auf die Steuerung der Versorgung gewisse Widersprüche. Die Krankenhausplanung ist staatlich gelenkt, hingegen findet jedoch auch eine marktähnliche Steuerung durch ein wettbewerbliches Vergütungssystem statt, bei dem wiederum auf einen Preiswettbewerb zugunsten eines Qualitätswettbewerbs verzichtet wurde, was praktisch zu Einheitspreisen führt, die keine Steuerungsfunktion übernehmen können. Bei starren Festpreisen und mangelnder Investitionsförderung sind die Krankenhausträger gezwungen, im Wege interner Rationalisierung Überschüsse zu erzielen, um finanzielle Spielräume zu eröffnen.

Der erste Teil der Untersuchung hat gezeigt, dass das Krankenhauswesen in Deutschland durch eine hohe Regulierungsintensität, gemeint ist die Krankenhausplanung, d.h. Zulassung der Krankenhäuser und Abgrenzung des Versorgungsauftrags durch die Länder sowie durch eine staatliche Finanzierung der Investitionskosten geprägt ist. Es wurde gezeigt, dass die Krankenhäuser zwar untereinander im Wettbewerb stehen, wesentliche Nachfrageelemente wie die Markttransparenz, der offene Marktzutritt für Anbieter und eine dezentrale wettbewerbliche Preissteuerung fehlen.

Der Blick auf die Rahmenbedingungen des Krankenhausrechts und insbesondere des Krankenhausfinanzierungsrechts haben somit aufgezeigt, dass die Mittel, mit denen das Ziel der sozial tragbaren Pflegesätze zu erreichen gedenkt wird, so gestaltet sind, dass diese konfliktär zu den Zielen der leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäuser und deren wirtschaftlichen Sicherung und damit zum Ziel der Sicherstellung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung sein können.

## **B. Die staatliche Letztverantwortung**

Im Zeitpunkt der Insolvenz eines Krankenhausträgers treffen mit § 1 InsO und § 1 KHG zwei divergierende Programmsätze aufeinander.

Das Insolvenzrecht ist durch makroökonomische und betriebswirtschaftliche Erkenntnisse geprägt und stellt in § 1 InsO auf die bestmögliche Befriedigung der Gläubigerinteressen ab. Aufgabe des Insolvenzrechts ist es dabei, eine Ordnungsfunktion wahrzunehmen und die in einem Insolvenzunternehmen gebundenen Ressourcen der wirtschaftlich produktivsten Verwendung zuzuführen, wodurch selbst der Erhalt des Krankenhausbetriebes oder einer möglichst großen Anzahl an Arbeitsplätzen nur insoweit als Ziel eines Insolvenzverfahrens anzusehen ist, als es die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger verbessert oder jedenfalls nicht verschlechtert. Dort wo die Bereitschaft zu Investitionen

fehlt, soll ein Unternehmen den Markt verlassen. Das Insolvenzrecht kennt somit kein schützenswertes Bestandsinteresse des Unternehmens, welches getrennt vom Befriedigungsinteresse der Gläubiger zu sehen ist, da es sich insoweit in Bezug auf die bestmögliche Gläubigerbefriedigung um eine Ist-Betrachtung handelt und ggf. zu erzielende, nicht primär monetäre Vorteile aus der Betriebsaufrechterhaltung nicht als Verfahrensziel ausgibt.

Den Staat trifft hingegen im Gesundheitswesen eine Mindestgewährleistungspflicht, welche sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 1 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip herleiten lässt. Diese Pflicht ist eng mit dem Konzept des Gewährleistungsstaates in anderen Bereichen, wie etwa der Versorgung mit Energie oder Telekommunikationsleistungen verknüpft. Die Bundesländer sind in Deutschland als Träger der Krankenhausplanung Inhaber dieser Sicherstellungsverantwortung. Ihnen obliegt nicht primär die eigentliche Leistungserbringung, wohl aber die Sorge für deren Stattfinden und Erfolg. Elemente zur Wahrnehmung dieser Verantwortung sind die Krankenhausplanung und -finanzierung. Zentrales Element der Krankenhausplanung ist das Primat einer Mindestausstattung an Krankenhausstandorten innerhalb einer bestimmten Entfernung, mit der die stationäre Notfallversorgung gewährleistet werden soll. Dies stellt sich letztlich als eine Art Bestandsgarantie dar, die zwar nicht für den Krankenhausträger in der Einzelbetrachtung gilt, wohl aber für eben alle Krankenhäuser in ihrer Gesamtheit, die zur Sicherstellung der Mindestanforderung notwendig sind. Die Letztverantwortung wurde durch die Landeskrankengesetze auf die Kommunen übertragen. Die im Krankenhausrecht anzutreffenden dualen Daseinsvorsorgestrukturen – das Nebeneinander von privaten, öffentlichen und freigemeinnützigen Trägern bei Letztverantwortung der Kommunen – dienen dazu, die im Lichte der Sicherstellungsverpflichtung unabdingbare Reservefunktion des Staates zu erhalten

Ein Spannungsfeld ergibt sich sodann, wenn über das Vermögen eines bedarfsnotwendigen – insbesondere erreichbarkeitsrelevanten – Krankenhauses das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Dies wird etwa daran deutlich, dass sich der Zweck einer Krankenhausgesellschaft von der Ausrichtung auf die bedarfsgerechte und wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen hin zum Ziel der Haftungsverwirklichung wandelt. Hierbei ist hingegen zunächst festzuhalten, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht die Einstellung der Krankenhaustätigkeit zur Folge hat, sondern dass der Insolvenzverwalter zur Betriebsfortführung verpflichtet ist, vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO, so dass grundsätzlich auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Bevölkerung mit Krankenhausleistungen versorgt wird. Das Insolvenzrecht hält das notwendige Instrumentarium zur Neuordnung und Sanierung sowie zur Befreiung von finanziellen Altlasten bereit, wodurch die Krankenhaustätigkeit in die Wirtschaftlichkeit zurückgeführt werden kann.

Weiterhin trifft den kommunalen Gesellschafter keine Insolvenzabwendungspflicht. Ihm stehen vielmehr sowohl im Falle der Insolvenz der kommunalen Eigengesellschaft als auch im Falle einer privaten Krankenhausgesellschaft verschiedene Handlungsoptionen zur Verfügung, um die Letztverantwortung umzusetzen. Zusammengefasst hat sich aber gezeigt, dass es einerseits eine absolute Versorgungssicherheit nicht geben kann, andererseits die Handlungsoptionen zur Umsetzung der Letztverantwortung maßgeblich von der finanziellen Liquidität der verantwortlichen Stellen abhängen. Insoweit ist eine übergreifende Betrachtung der Krankenhausversorgung in Deutschland angezeigt und

zu fragen, wie gerade die Versorgung in dünn besiedelten Landstrichen auch in Zukunft gewährleistet kann. Gerade hier werden gläubigerautonome Entscheidungen, die nicht unter der Bindung an eine staatliche Letztverantwortung getroffen werden, zu Versorgungsgefährdungen führen, soweit sich ein Krankenhausbetrieb aufgrund zu geringer Fallzahlen langfristig nicht wirtschaftlich aufrechterhalten lässt. Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich die Letztverantwortung im Krankenhausrecht nicht erst im Falle der Krise eines Krankenhausträgers als bloße Rückholverpflichtung aktiviert, sondern primär eine rahmenrechtliche Gewährleistungsverantwortung darstellt, welche darauf ausgerichtet sein muss, einerseits die Effizienzpotentiale privatwirtschaftlicher Leistungserbringung zu nutzen und andererseits eben diese auf die Erreichung gesamtgesellschaftlich erwünschter und vorab zu determinierender Ziele auszurichten.

Dabei sollte sich der Blick weg von der Frage, wie der Betrieb defizitärer Einrichtungen fernab der eigentlichen Krankenhausfinanzierung gesichert werden kann, wenden, hin zu der Frage, ob nicht mittel- bis langfristig eine Abkehr einer kleinteiligen Krankenhausstruktur vorzunehmen ist. Leitbild kann eine regional differenzierte Ausgestaltung der Krankenhausversorgung mit wenigen Großkrankenhäusern sein, wobei die Notfallversorgung durch andere Konzepte im Lichte der staatlichen Sicherstellungsverantwortung erbracht wird.

### **C. Krankenhausrechtliche Besonderheiten im Insolvenzverfahren**

Aufgrund der Besonderheiten der Krankenhauplanung und -finanzierung bringt die Krankenhausinsolvenz eine Vielzahl dogmatischer Besonderheiten und Probleme mit sich, für deren Beantwortung sich folgende Leitlinien ergeben haben:

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt nicht automatisch zur Annahme, dass ein Krankenhaus nicht mehr bedarfsgerecht sei und deshalb aus dem Krankenhausplan herauszunehmen ist, es sei denn, der Betrieb des Krankenhauses wird dauerhaft eingestellt. Ansonsten kommt es im Einzelfall darauf an, ob das Krankenhaus auch weiterhin leistungsfähig ist. Es ist dabei zunächst davon auszugehen, dass der Betrieb und damit die bedarfsgerechte Versorgung auch im eröffneten Insolvenzverfahren aufrechterhalten wird. Nur wenn in Ausnahmefällen festgestellt wird, dass die gebotene Qualität und damit die Sicherheit der Patienten nicht gewährleistet werden kann, ist die Aufnahmeentscheidung zu widerrufen.

In Bezug auf die Behandlung krankenhausrrechtlicher Fördermittel in der Insolvenz ergeben sich eine Vielzahl von bisher nicht höchstrichterlich entschiedener Einzelprobleme. Die Bestimmung der Zweckverfehlung i.S.d. § 49 Abs. 3 Nr. 1 LVwVfG im Rahmen der Frage des Widerrufs von Krankenhausfördermitteln bestimmt sich nach den tatsächlichen Auswirkungen der Insolvenz auf den Förderungszweck. Eine Zweckverfehlung ist dann anzunehmen, wenn das Krankenhaus nicht mehr zur Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen beiträgt, was grundsätzlich erst mit Einstellung des Krankenhausbetriebes anzunehmen ist. Für den Fall der übertragenden Sanierung ist in Bezug auf den übertragenden Rechtsträger von einer Zweckverfehlung auszugehen; hier sehen einige Krankenhausgesetze Abweichungen vor, soweit durch den übernehmenden Rechtsträger die fortlaufende Versorgung gewährleistet

wird. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Krankenhausträgers ist es der zuständigen Behörde verwehrt, einen Rückforderungsbescheid gem. § 49a LVwVfG i.V.m. krankenhausrechtlichen Regelungen zu erlassen, der auf die Rückforderung von Fördermitteln gerichtet ist. Ebenso ist es der zuständigen Behörde nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwehrt, den Fördermittelbescheid mittels Verwaltungsakt auf Grundlage des § 49 LVwVfG i.V.m. landeskrankenhausrechtlichen Regelungen zu widerrufen. Die Behörde kann stattdessen bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen den Rückforderungsanspruch – ohne vorherigen präjudizierenden Widerruf – zur Tabelle anmelden, muss aber im Falle des Bestreitens die Feststellung der Forderung nach § 179 Abs. 1 InsO betreiben. Der Rückforderungsanspruch der Behörde ist nach hier vertretenem weitem Verständnis des Begriffs des Begründetseins i.S.v. § 38 InsO eine Insolvenzforderung und keine Masseverbindlichkeit, selbst wenn die Widerrufsgründe erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorliegen, da dieser Anspruch haftungsrechtlich bereits von Anfang an bedingt begründet ist. Mit dem Rückforderungsanspruch kann die Behörde gegen den Anspruch auf Eigenmittelausgleich aufrechnen, soweit der Rückforderungsanspruch zeitlich vorgelagert unbedingt entsteht. Andernfalls ist eine Aufrechnung ausgeschlossen. Einer Aufrechnung gegen den Anspruch auf Schließungsförderung des Krankenhausträgers steht in jedem Falle das Verbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO entgegen. Die landeskrankenhausrechtlichen Möglichkeiten zur Auf- und Verrechnung vermögen die insolvenzrechtlichen Aufrechnungsverbote der §§ 96 Abs. 1 S. 3, 96 InsO nicht zu umgehen.

In Bezug auf die insolvenzrechtliche Behandlung der pflegesatzrechtlichen Mehr- und Mindererlösausgleiche hat die Untersuchung ergeben, dass die Mehrerlösausgleiche als Ansprüche i.S.d. § 38 InsO einzuordnen sind, deren insolvenzrechtlicher Entstehungszeitpunkt entscheidend von der Überschreitung der vereinbarten Leistungsmenge abhängt. Die Behandlung der Mindererlöse ist demgegenüber ohne dogmatische Schwierigkeiten zu bewältigen und bringt eher denn praktische Probleme für die Einziehung durch den Insolvenzverwalter mit sich. Die uneigentlichen Mehrerlösausgleiche sind öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche und dementsprechend abhängig vom Zeitpunkt der Entstehung entweder als Insolvenzforderung oder Masseverbindlichkeit zu behandeln.

Im Rahmen der aufgeworfenen Fragen des Rechtsschutzes hat sich ergeben, dass das Recht auf Teilnahme an der stationären Versorgung gesetzlich krankenversicherter Patienten aufgrund der höchstpersönlichen Natur nicht in die Insolvenzmasse des Krankenhausträgers fällt. Demgegenüber lässt sich hieraus nicht ableiten, dass bei diesbezüglichen prozessualen Streitigkeiten die Insolvenzmasse nicht i.S.d. § 240 ZPO betroffen wäre. Hierfür reicht aus, dass eine negative Planentscheidung weitreichende tatsächliche Auswirkungen hat, welche vor dem Hintergrund der Möglichkeit der Betriebsfortführung und der dadurch für die Masse zu erzielenden Erlöse zu betrachten sind. Diese Einordnung gilt sowohl für die krankenhausrechtliche Besonderheit der Bedarfsplanung als auch für eine gewerberechtliche Untersuchungsverfügung. Ob ein Rechtsschutzbedürfnis auch nach Betriebseinstellung in Bezug auf die Teilnahme an der stationären Versorgung besteht, ist nicht allgemein zu beantworten, wird aber im Regelfall dann zu bejahen sein, soweit die Krankenhausgesellschaft noch nicht aufgelöst ist, da weder das KHG noch das SGB V in

Bezug auf die Krankenhausplanung einen tatsächlichen Betrieb des Krankenhauses voraussetzen.

Abschließend hat die Untersuchung gezeigt, dass der Umstand der Einstellung eines Krankenhausbetriebes in den Anwendungsbereich der in den jeweiligen Landeskrankenhausgesetzen normierten Auskunftspflichten fällt. Diese Pflicht obliegt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Insolvenzverwalter. Im Falle der Weigerung des Insolvenzverwalters zur Informationserteilung kommt hingegen eine Durchsetzung dieses Anspruches durch Einschaltung des Insolvenzgerichts nicht in Betracht, da es nicht die Aufgabe des Insolvenzgerichts ist, den Insolvenzverwalter zur Erteilung von Auskünften gegenüber anderen Beteiligten anzuhalten. Zudem scheidet auch eine Schadensersatzverpflichtung nach Maßgabe des § 60 InsO mangels Verletzung einer insolvenzrechtsspezifischen Pflicht aus. Der Kommune steht weder in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter einer kommunalen Krankenhaus-GmbH noch etwaig als Gläubiger ein Auskunftsanspruch zu.



## Literaturverzeichnis

*Adams, Michael*: Ökonomische Theorie des Rechts, 2. Auflage, Frankfurt a.M. et al. 2004

- Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte: Ein Beitrag zur Reform der Mobiliarsicherheiten, Heidelberg 1980

*Aha, Christof*: Einzel-oder Gesamtrechtsnachfolge bei der Ausgliederung, AG 1997, S. 345 ff.

*Ahrens, Martin/ Gehrlein, Markus/ Ringstmeier, Andreas*: Insolvenzrecht Kommentar, 3. Auflage, Neuwied 2017 (zit.: A/G/R-Bearbeiter)

*Albers, Willi* (Hrsg.): Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft Band V, Stuttgart et al. 1977

*Alfuß, Werner*: Staatliche Haftungsbeschränkung durch Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen, Köln 1976 (zit.: *Alfuß*, Staatliche Haftungsbeschränkung)

*Altmann, Jörg*: Die sozialrechtliche Auf- und Verrechnung der Sozialleistungsträger im Insolvenzverfahren, Hamburg 2008

*Antoni, Peter*: Gewerbeuntersagung und Insolvenzverfahren - Offene Fragen zu § 12 GewO, NZI 2003, S. 246 ff.

Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, Herne/Berlin 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung)

*Arnade, Johannes*: Kostendruck und Standard, Berlin et al. 2010

*Arrow, Kenneth*: Uncertainty and the welfare Economics of Medical Care, American Economic Review, 1963, S. 941 ff.

*Articus, Stephan/ Schneider, Bernd Jürgen* (Hrsg.): Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen Kommentar, 5. Auflage, Stuttgart 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Articus/Schneider, GO NRW)

*Auerbach, Walter*: Krankenhauspolitik und Krankenhausbedarfsplanung, Soziale Sicherheit 17 (1968), S. 168 ff.

*Augsten, Ursula/ Bartmuß Ralph/ Rehbein, Stephan/ Sausmekat, Alexandra*: Besteuerung im Krankenhaus, Wiesbaden 2008

*Augurzky, Boris/ Krolop, Sebastian/ Pilny, Adam/ Schmidt, Christoph*: Krankenhaus Rating Report 2016, Heidelberg 2016

*Augurzky, Boris/ Krolop, Sebastian/ Pilny, Adam/ Schmidt, Christoph/ Wuckel, Christiane*: Krankenhaus Rating Report 2017, Heidelberg 2017

*Axer, Peter*: Etatisierung der sozialen und gemeinsamen Selbstverwaltung? - Zugleich zum Grundsatz der maßvollen Ausübung der Rechtsaufsicht nach dem GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz, NZS 2017, S. 601 ff.

*Bader, Johann/ Ronellenfitsch, Michael*: Beck'scher Onlinekommentar VwVfG, 38. Edition, München, Stand: 01/2018 (zit.: BeckOKVwVfG/Bearbeiter)

*Baessler, Ulrich/ Heinrich, Jürgen/ Utecht, Burkhard* (Hrsg.): Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, Stuttgart 2010

*Balz, Manfred*: Logik und Grenzen des Insolvenzrechts, ZIP 1988 S. 1438 ff.

*Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert/ Hau, Wolfgang/ Poseck, Roman*: Beck'scher Onlinekommentar BGB, 45. Edition, München, Stand: 1.03.2018 (zit.: BeckOKBGB/Bearbeiter)

*Baron von Maydell, Bernd/ Eichernhofer, Eberhard* (Hrsg.): Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993 (zit.: Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht)

*Bartholomae, Florian/ Beivers, Andreas*: Flächendeckende Krankenhausversorgung und die Anforderungen an die staatliche Daseinsvorsorge, ZöGU 2009, S. 213 ff.

- Ordnungspolitische Betrachtung der flächendeckenden Krankenhausversorgung, IR 2008, S. 248 ff.

*Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred* (Hrsg.): GmbHG Kommentar, 21. Auflage, München 2017 (zit.: Baumbach/Hueck/Bearbeiter, GmbHG)

*Baumbach, Adolf/ Lauterbach, Wolfgang/ Albers, Jan/ Hartmann, Peter*: Zivilprozessordnung Kommentar, 76. Auflage, München 2018

*Barczak, Tristan*: Normenkonkurrenz und Normenkollision, JuS 2015, S. 969 ff.

*Bebchuk, Lucian Ayre*: A New Approach to Corporate Reorganizations, 101 Harv. L.R. 1987, S. 775 ff.

*Beck, Siegfried/ Depré, Peter* (Hrsg.): Praxis der Insolvenz, 3. Auflage, München 2017

*Becker, Christoph*: Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln 2010

*Becker, Ulrich/ Baron von Maydell, Bernd/ Ruland, Franz* (Hrsg.): Sozialrechtshandbuch, 5. Auflage, Baden-Baden 2012 (zit.: Bearbeiter, SRH)

*Beckermann, Alina*: Der Grundversorger in der Insolvenz, Baden-Baden 2009

*Behrens, Peter*: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986

*Beivers, Andreas/ Spangenberg, Martin*: Ländliche Krankenhausversorgung im Fokus der Raumordnung, IzR 2008, S. 91 ff.

*Berchtold, Josef/ Huster, Stefan/ Rehborn, Martin* (Hrsg.): Gesundheitsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2018 (zit.: Bearbeiter/Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht)

*Bergmann, Karl Otto/ Pauge, Burkhard/ Steinmeyer, Heinz-Dietrich: Kommentar Medizinrecht, Baden-Baden 2017 (zit.: Bearbeiter, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht)*

*Bigus, Jochen/ Eger, Thomas: Führt die deutsche InsO zu mehr Marktkonformität bei Unternehmensinsolvenzen? Einige Bemerkungen aus ökonomischer Sicht, ZInsO 2003, S. 2 ff.*

*Binder, Jens-Hinrich: Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht, Berlin 2005 (zit.: Binder, Bankeninsolvenzen)*

- An den Leistungsgrenzen des Insolvenzrechts: Systematische Bankeninsolvenz und verfahrensförmige Sanierung, KTS 2013, S. 277 ff.

*Birkemeyer, Claas/ Meyer, Linus: Rückforderungslage beim Widerruf einer Subventionsbewilligung im Rahmen der Insolvenz, NJW 2015, S. 2300 ff.*

*Bley, Helmar/ Kreikebohm, Ralf/ Marschner, Andreas: Sozialrecht, 9. Auflage, Neuwied 2007*

*Blum, Karl/ Weigand, Andreas: Sanierungsfall Krankenhaus – Erkennen, Vorbeugen, Abwenden, 1. Auflage, Düsseldorf 2015 (zit.: Bearbeiter, in: Blum/Weigand, Sanierungsfall Krankenhaus)*

*Blum, Stefan: Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit in der Insolvenz, Berlin 2001*

*Böckenförde-Wunderlich, Barbara: Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem: ärztliches Ständesrecht, Embryonenschutzgesetz, Verfassung, Tübingen 2002*

*Bohle, Thomas/ Grau, Ulrich: Verschmelzung oder Veräußerung öffentlicher Krankenhäuser, KH 2003, S. 698 ff.*

*Börgermann-Dehina, Elias: Auswirkungen von Privatisierungen auf die kommunale Wirtschaftspolitik, Hamburg 2015*

*Bork, Reinhard: Einführung in das Insolvenzrecht, 8. Auflage, Tübingen 2017*

*Bork, Reinhard/ Hölzle, Gerrit: Handbuch Insolvenzrecht, Köln 2014 (zit.: Bearbeiter, in: Bork/Hölzle, Hdb. InsO)*

*Bork, Reinhard/ Roth, Herbert (Hrsg.): Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. 3, 23. Auflage, Tübingen 2016 (zit.: Stein/Jonas/Bearbeiter, InsO)*

*Bornheimer, Jörg: Kommunale Krankenhausgesellschaften in Krise und Insolvenz, Festschrift Görg 2010, S. 71 ff.*

*Bornheimer, Jörg/ Krumm, Marcel: Zwckgebundene staatliche Zuwendungen in der Insolvenz des Zuwendungsempfängers, KTS 2008, S. 145 ff.*

*Braun, Eberhard: Insolvenzordnung Kommentar, München 2017 (zit.: Braun/Bearbeiter, InsO)*

*Bronnenmeyer, Helmut:* Der Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG, Berlin 1994

*Britz, Gabriele:* „Kommunale Gewährleistungsverantwortung“ – Ein allgemeines Element des Regulierungsrechts in Europa?, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 145 ff.

*Brosius-Gersdorf, Frauke:* Demografischer Wandel und Daseinsvorsorge, *VerwArch* 98 (2007), S. 317 ff.

*Bruckenberg, Ernst/ Klaue, Siegfried/ Schwintowski, Hans-Peter:* Krankenhausmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb, Berlin et al. 2006 (zit.: Bruckenberg/Klaue/Schwintowski)

*Buchalik, Robert:* § 1 InsO - der Erhalt des Unternehmens als Ziel des Insolvenzverfahrens nach Inkrafttreten des ESUG?, *ZinsO* 2015, S. 484 ff.

*Bugger, Adrian:* Der Selbstständige in der Insolvenz: eine insolvenzrechtliche Betrachtung des (zahn-)ärztlichen Berufes, Saarbrücken 2015

*Buken, Dirk:* Rechtsprobleme der kommunalen GmbH im Rechtsvergleich der Bundesländer, Berlin 2016 (zit.: *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH)

*Bulla, Simon:* Der Defizitausgleich bei Krankenhäusern der öffentlichen Hand bleibt beihilfekonform – Zu den Voraussetzungen und Grenzen der Krankenhausversorgung als DAWI, *KommJur* 2015, S. 245 ff.

Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (Hrsg.): Perspektiven der Raumentwicklung in Deutschland, abrufbar unter: <http://www.bbr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/BMVBS/Sonderveroeffentlichungen/2006/PerspektivenRaumentwicklung.html?nn=395966> (24.05.2018)

Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.): Gesetzliche Krankenversicherung, Kennzahlen und Faustformeln, abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/krankenversicherung/zahlen-und-fakten-zur-krankenversicherung/kennzahlen-daten-bekanntmachungen> (02.05.2018)

- Gesundheitswirtschaft im Überblick, abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/gesundheitswesen/gesundheitswirtschaft/gesundheitswirtschaft-im-ueberblick> (10.05.2018)

*Bunzel, David:* Insolvenz des Apothekers, Köln 2013

*Burgi, Martin:* Moderne Krankenhausplanung zwischen staatlicher Gesundheitsverantwortung und individuellen Trägerinteressen, *NVwZ* 2010, S. 601 ff.

- Konkurrentenschutz in der Krankenhausplanung, *NZS* 2005, S. 169 ff.

*Buse, Henning:* Geeignete Rechtsformen für kommunale Krankenhäuser, Köln et al. 2000

*Busse, Thomas: Compliance im Krankenhaus, GuP 2017, S. 150 ff.*

*Butenschön, Gitta: Die Entwicklung des Rechts der Krankenhausfinanzierung in den drei westlichen Besatzungszonen und der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum 1945 – 1966, Kiel 2001 (zit.: Butenschön, Die Entwicklung des Rechts der Krankenhausfinanzierung)*

*Cooter, Robert/ Ulen, Thomas: Law and Economics, 6. Auflage, Boston et al. 2012*

*Cornils, Matthias: Staatliche Infrastrukturverantwortung und kontingente Markt Voraussetzungen, AöR 131 (2006), S. 378 ff.*

*Cranshaw, Friedrich/ Knöpnadel, Ulf: Unternehmenssanierung zwischen Ökonomie und Recht – Teil 1, ZInsO 2016, S. 357 ff.*

*Creifelds, Carl/ Weber, Klaus (Hrsg.): Rechtswörterbuch, 21. Auflage, München 2014*

*Debatin, Jörg/ Ekkernkamp, Axel/ Schulte, Barbara/ Tecklenburg, Andreas (Hrsg.): Krankenhausmanagement - Strategien, Konzepte, Methoden, 3. Auflage, Berlin 2017*

*Degener-Hencke, Udo: Ersatz der Bundespflegesatzverordnung durch eine neue Entgeltverordnung für die stationäre Versorgung. Zum Stand der Arbeiten: zwischen Höchstpreisen und Preiswettbewerb?, Speyerer Arbeitshefte 148, S. 63 ff.*

*Degenhart, Christoph: Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 33. Auflage, Heidelberg 2017*

*Deppenheuer, Otto: Staatliche Finanzierung und Planung im Krankenhauswesen.: Eine verfassungsrechtliche Studie über die Grenzen sozialstaatlicher Ingerenz gegenüber freigemeinnützigen Krankenhäusern, Berlin 1986*

*Dettling, Heinz-Uwe: Funktionsbedingungen des Wettbewerbs und des Gesundheitswesens, GesR 2008, S. 169 ff.*

*Dettling, Heinz-Uwe/ Gerlach, Alice (Hrsg.): Krankenhausrecht Kommentar, München 2014 (zit.: Bearbeiter, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht)*

*Deutsche Krankenhausgesellschaft (Hrsg.): Aktualisierter DKG-Leitfaden Aufbewahrungspflichten und -fristen von Dokumenten im Krankenhaus Stand: September 2015, abrufbar unter: [http://www.dkgev.de/media/file/21281.Anlage\\_DKG-Leitfaden\\_Aufbewahrungspflichten\\_und\\_-fristen\\_2015.pdf](http://www.dkgev.de/media/file/21281.Anlage_DKG-Leitfaden_Aufbewahrungspflichten_und_-fristen_2015.pdf) (25.05.2018)*

*Dietlein, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992*

*Dietz, Andreas: Bedürfnis, Bedarf und Nachfrage im Infrastruktur- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, WiVerw 2016, S. 101 ff.*

*Dirnberger, Frank/ Henneke, Hans-Günter/ Meyer, Hubert/ Schliesky, Utz/ Schwarting, Gunnar/ Sponer, Wolf-Uwe/ Steger, Christian/ Stubenrauch, Hubert/ Winkel, Johannes/ Klang, Klaus/ Bülow, Jörg/ Dieter, Jürgen/*

*Haßenkamp, Werner/ Zimmermann, Uwe (Hrsg.): Praxis der Kommunalverwaltung Nordrhein-Westfalen, 2. Fassung, München 2017 (zit.: Bearbeiter, PdK)*

- *Praxis der Kommunalverwaltung Bayern, München 2017 (zit.: Bearbeiter, PdK)*

*Domschke, Wolfgang/ Scholl, Armin: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 4. Auflage, Berlin et al. 2008*

*Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar Bd. I, 3. Auflage, Tübingen 2013 (zit.: Bearbeiter, in: Dreier, GG)*

*Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984*

*Ehlers, Dirk/ Pünder, Hermann (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin 2015*

*Ehrlicke, Ulrich: Einstandspflicht des Staates in der Krise von kommunalen Energieversorgungsunternehmen, IR 2008, S. 148 ff.*

- *Die Rückforderung gemeinschaftswidriger Beihilfen in der Insolvenz des Beihilfenempfängers, ZIP 2000, S. 1656 ff.*

*Eichel, Florian: Künftige Forderungen, Tübingen 2014*

*Eichenhofer, Eberhard: Sozialrecht, 10. Auflage, Tübingen 2017*

- *Geschichte des Sozialstaates in Europa, 1. Auflage, München 2007*

*Eidenmüller, Horst: Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Auflage, Tübingen 2014*

- *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, Köln 1999*

*Einem, Eberhard v.: Industriepolitik: Anmerkungen zu einem kontroversen Begriff, Jürgens/Krumbein (Hrsg.): Industriepolitische Strategien. Bundesländer im Vergleich, Berlin 1991 (zit.: Einem, Industriepolitik)*

*Engberding, Antonius: Unternehmenskrisen, Sanierung und Industriepolitik, Berlin 1999*

*Engelhardt, Hanns/ App, Michael/ Schlatmann, Arne (Hrsg.): Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz Kommentar, 11. Auflage, München 2017 (zit.: Engelhardt/App/Schlatmann/Bearbeiter, VwVG VwZG)*

*Engelsing, Felix: Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Stuttgart et al. 1998*

*Epping, Volker/ Hillgruber, Christian (Hrsg.): Beck'scher Kommentar Grundgesetz. 36. Edition, München Stand 02/2018 (zit.: BeckOKGG/Bearbeiter)*

*Erbguth, Wilfried/ Stollmann, Frank: Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsreform, DÖV 1993 S. 798 ff.*

*Erbguth, Wilfried/ Guckelberger, Annette: Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, Baden-Baden 2018*

*Erbguth, Wilfried/ Mann, Thomas/ Schubert, Mathias: Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Auflage, Heidelberg 2015*

*Erlenkämper, Arnold/ Fichte, Wolfgang: Sozialrecht – Allgemeine Rechtsgrundlagen, Sozialgesetze, Verfahrensrecht, 6. Auflage, Köln 2008 (zit.: Erlenkämper/Fichte, Sozialrecht)*

*Erichsen, Hans-Uwe/ Brügge, Dirk Ludwig: Der Widerruf von Verwaltungsakten nach § 49 VwVfG und der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch nach § 49a VwVfG, JURA 1999, S. 496 ff.*

*Essing, Danny/ Kürten, Nils: Besondere Herausforderungen bei Unternehmenskäufen und -verkäufen mit Beteiligung der öffentlichen Hand – dargestellt an Praxisbeispielen aus dem Energie- und Krankenhaussektor, KommJur 2015, S. 366 ff.*

*Eucken, Walter: Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO 2 (1949), S. 1 ff.*

*Faber, Cornelia: Ökonomische Analyse der ärztlichen Aufklärungspflicht, Frankfurt a.M. et al 2004*

*Fabry, Beatrice/ Augsten, Ursula (Hrsg.): Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, 2. Auflage, Baden-Baden 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand)*

*Fehling, Michael/ Kastner, Berthold/ Störmer, Rainer: Verwaltungsrecht Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2016*

*Felix, Dagmar: Neue Wege zur Krankenhausfinanzierung – Zuschläge für Zentren als Zankapfel zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern, GesR 2010, S. 133 ff.*

*Fezer, Karl-Heinz: Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, S. 817 ff.*

*Fikentscher, Wolfgang: Wirtschaftsrecht. Band I. Weltwirtschaftsrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht, München 1983*

*Fleckenstein, Martin: Vergaberechtliche Aspekte der Krankenhausprivatisierung, MedR 2002, S. 510 ff.*

*Fleischer, Holger/ Goette, Wulf (Hrsg.): Münchener Kommentar zum GmbHG Bd. 3, 2. Auflage, München 2016 (zit.: *MüKoGmbHG/Bearbeiter*)*

*Fleßa, Steffen: Grundzüge der Krankenhausbetriebslehre Band 1, 3. Auflage, München 2013*

*Flessner, Axel: Sanierung und Reorganisation, Tübingen 1982*

- Insolvenzverfahren ohne Insolvenz? Vorteile und Nachteile eines vorinsolvenzlichen Reorganisationsverfahrens nach französischem Vorbild, KTS 2010, S. 127 ff.

*Flöther, Lucas*: Insolvenz und Sanierung der kommunalen Eigengesellschaft, LKV 2014, S. 62 ff.

*Flöther, Lucas/ Gundlach, Ulf*: Die Beteiligungsverwaltung der Kommune im Fall der Krise der Eigengesellschaft, NVwZ 2016, S. 881 ff.

*Forgó, Nikolaus/ Helfrich, Marcus/ Schneider, Jochen* (Hrsg.): Betrieblicher Datenschutz, 2. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter/Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz*)

*Foerste, Ulrich*: Insolvenzrecht, 7. Auflage, München 2018

*Förster, Karsten*: Effizienzthese, politischer Faktor und Gläubigerautonomie, Festschrift Kirchhof, S. 85 ff.

- Redaktionelle Vorbemerkung zu *Bigus/Eger*, Führt die deutsche InsO zu mehr Marktkonformität bei Unternehmensinsolvenzen? Einige Bemerkungen aus ökonomischer Sicht, ZInsO 2003, S. 1 ff.

*Forsthoff, Ernst*: Die Verwaltung als Leistungsträger, Berlin 1938

*Franckenstein, Georg v.u.z.*: Die Haftung der Kommunen für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaften, WM 2004, S. 511 ff.

*Franzius, Claudio*: Gewährleistung im Recht, Tübingen 2009

*Freund, Matthias*: Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, NVwZ 2003, S. 408 ff.

*Fridgen, Alexander/ Geiwitz, Arndt/ Göpfert, Burkard*: Beck'scher Onlinekommentar zur Insolvenzordnung, 09. Edition, München, Stand: 01/2018 (zit.: BeckOKInsO/*Bearbeiter*)

*Fuchs, Maximilian/ Preis, Ulrich*: Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Köln 2009

*Füchtenkord, Niklas*: Fusion von Krankenhausträgern aus Sicht der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Berlin 2015 (zit.: *Füchtenkord, Fusion von Krankenhausträgern*)

*Geldmacher, Christoph*: Das präventive Sanierungsverfahren als Teil eines reformierten Insolvenz- und Sanierungsrechts in Deutschland, Köln 2012

*Geppert, Martin/ Schütz, Raimund* (Hrsg.): Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München 2013 (zit.: *Geppert/Schütz/Bearbeiter, BeckTKG-Komm*)

*Gerloff, Christian*: Entscheidungsanmerkung zu OVG Lüneburg, Urteil v. 11.2.2015 – 13 LC 107/14, NZI 2015, S. 430 ff.

*Gessner, Volkmar/ Rhode, Barbara/ Strate, Gerhard/ Ziegert, Klaus* (Hrsg.): Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, Köln 1978

GKV-Spitzenverband (Hrsg.): Darstellung und Typologie der Marktaustritte von Krankenhäusern Deutschland 2003 – 2013, abrufbar unter: [https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung\\_1/krankenhaeus](https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/krankenhaeus)



er/gutachten\_marktaustritt\_krankenhaeuser/Gutachten\_Marktaustritte\_KH\_07-2014\_Textteil.pdf (24.05.2018)

*Gleichenstein*, Hans v.: Par condicio creditorum: Subsidiäre Verteilungsregel oder abstrakte Ausprägung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatzes?, NZI 2015, S. 49 ff.

*Göcke*, Torsten: Wechselwirkungen bei der Insolvenz von Gesellschaft, Gesellschafter und Organwalter, Köln 2009

*Goepfert*, Andreas/ *Conrad*, Claudia: Unternehmen Krankenhaus, Stuttgart 2013

*Gogger*, Martin: Insolvenzrecht, 2. Auflage, München 2006

*Gottwald*, Peter: Insolvenzrechtshandbuch, 5. Auflage, München 2015 (zit.: *Gottwald/Bearbeiter*, Insolvenzrechts-Handbuch)

*Grabitz*, Eberhard/ *Hilf*, Meinhard/ *Nettesheim*, Martin: Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV Band 1, 62. Auflage, München 2017 (zit.: *GHN/Bearbeiter*, AEUV)

*Graf* v. *Schulenburg*, Johann-Matthias/ *Greiner*, Wolfgang: Gesundheitsökonomik, 3. Auflage, Tübingen 2013 (zit.: *Graf* v. *Schulenburg/Greiner*, Gesundheitsökonomik)

*Graf-Schliecker*, Marie Luise (Hrsg.): Insolvenzordnung Kommentar, 8. Auflage, Köln 2018 (zit.: *Graf-Schliecker/Bearbeiter*, InsO)

*Graumann*, Mathias/ *Schmidt-Graumann*, Anke: Rechnungslegung und Finanzierung der Krankenhäuser, 3. Auflage, Herne 2016

*Gröner*, Helmut: Marktsystem, Unternehmenskontrollen und Insolvenzen, volkswirtschaftliche Überlegungen zur Reform des Insolvenzrechts, ORDO 35 (1984), S. 247 ff.

*Gröpl*, Christoph: Ökonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch 93 (2002), S. 459 ff.

*Grünewald*, Philipp: Mehrheitsherrschaft und insolvenzrechtliche Vorauswirkung in der Unternehmenssanierung, Tübingen 2015

*Gundlach*, Ulf/ *Frenzel*, Volkhard: Die Kapitalerhöhung in der Insolvenz, NZI 2007, S.692 ff.

*Gundlach*, Ulf/ *Frenzel*, Volkhard/ *Schirrmeister*, André: Der Feststellungsbescheid in der Insolvenz, DZWIR 2005, S. 189 ff.

*Guski*, Roman: Beihilfenrückforderung und Gläubigergleichbehandlung, KTS 2008, S. 403 ff.

*Gutsche*, Lason: Der Insolvenzplan im Gesundheitswesen – Sanierungsinstrument lege artis, GuP 2012, S. 52 ff.

*Habertztl*, Kai: Die Freigabe im Insolvenzverfahren, NZI 2017, S. 474 ff.

*Hacker*, Jörg (Hrsg.): Zum Verhältnis von Medizin und Ökonomie im deutschen Gesundheitssystem, abrufbar unter: <https://www.leopoldina.org/>

uploads/tx\_leopublication/Leo\_Diskussion\_Medizin\_und\_Oekonomie\_2016.pdf (24.05.2018)

*Hacker, Philipp*: Verhaltensökonomik und Normativität, Tübingen 2017

*Hajen, Leonhard/ Schumacher, Harald/ Paetow, Holger*: Gesundheitsökonomie: Strukturen - Methoden – Praxisbeispiele, 8. Auflage, Stuttgart 2017

*Halm, Dirk/ Linder, Stephanie*: Die Fortsetzungsmöglichkeit bei der aufgelösten GmbH nach der neuen Insolvenzordnung, DStR 1999, S. 379 ff.

*Häsemeyer, Ludwig*: Insolvenzrecht, 4. Auflage, Köln 2007

- Die Altlasten – Ein Prüfstein für wechselseitige Abstimmungen zwischen dem Insolvenzrecht und dem Verwaltungsrecht, Festschrift Uhlenbruck, S. 97 ff.
- Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, S. 507 ff.

*Hassel, Rupert/ Gurgel, Detlef/ Otto, Sven-Joachim*: Handbuch des Fachanwalts Sozialrecht, 5. Auflage, Berlin 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: HB FA Sozialrecht)

*Haubrock, Manfred/ Schär, Walter*: Betriebswirtschaft und Management in der Gesundheitswirtschaft, 5. Auflage, Bern 2009

*Häußermann, Daniel Alexander*: Die Steuerung der kommunalen Eigengesellschaft, Stuttgart 2004

*Heckschen, Heribert/ Heidinger, Andreas* (Hrsg.): Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Auflage, Köln 2018 (zit.: Heckschen/Heidinger)

*Heise, Svend*: Krankenhausfinanzierung und Beihilferecht – das Krankenhauswesen zwischen Gemeinwohlverpflichtung und Wettbewerb, EuZW 2015, 739 ff.

*Henckel, Wolfram/ Gerhardt, Walter* (Hrsg.): Großkommentar zur Insolvenzordnung Bd. 1, 1. Auflage, Berlin 2004 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jaeger, InsO)

- Großkommentar zur Insolvenzordnung Bd. 2, 1. Auflage, Berlin 2007

*Herbst, Michael/ Dünkel, Frieder/ Stahl, Benjamin* (Hrsg.): Daseinsvorsorge und Gemeinwesen im ländlichen Raum, Wiesbaden 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Herbst/Dünkel/Stahl, Daseinsvorsorge und Gemeinwesen im ländlichen Raum)

*Herder-Dornreich, Philipp*, Sozialökonomik: Angewandte Ökonomik sozialer Systeme, Baden-Baden 1994. (zit.: *Herder-Dornreich*)

*Hellermann, Johannes*: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Tübingen 2000

*Hermes, Georg: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Heidelberg 1987*

- Staatliche Infrastrukturverantwortung: rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998

*Hernekamp, Juliane, Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen nach dem Weltdienstleistungshandelsabkommen GATS – Auswirkungen auf das deutsche Gesundheitssystem, Berlin 2013 (zit.: Hernekamp, Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen)*

*Hess, Harald: Insolvenzordnung Großkommentar, 2. Auflage, Heidelberg 2013 (zit.: Hess, InsO)*

*Hess, Harald/ Groß Paul/ Reill-Ruppe, Nicole/ Roth, Jan: Insolvenzplan, Sanierungsgewinn, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz, 4. Auflage, Heidelberg 2015 (zit.: Hess/Groß/Reill-Ruppe/Roth, Insolvenzplan)*

*Heyers, Johannes: Möglichkeiten und Grenzen einer Ökonomisierung des Sozialrechts am Beispiel der Priorisierung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 2016, S. 857 ff.*

*Hinrichs, Mark: Insolvenzbewältigung durch Optionen? – Neue Impulse für marktorientierte Verfahrensmodelle zur Reform des Insolvenzrechts aus den USA, KTS 2002, S. 497 ff.*

*Hirschman, Albert: Exit, Voice and Loyalty - Responses to Decline in Firms, Organizations and States, Harvard 2002*

*Höfling, Wolfram: Vom Krankenhausrecht zum Krankenhausregulierungsrecht, GesR 2007, S. 289 ff.*

*Hoffmann, Jan Felix: Zur Konstruktion und Legitimation von Insolvenzprivilegien im nationalen und Europäischen Insolvenzrecht, KTS 2017, S. 17 ff.*

*Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 2, 2. Auflage, München 2012*

*Hölzle, Gerrit: Die Fortführung von Unternehmen im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZIP 2011, S. 1889 ff.*

*Hommel, Ulrich/ Knecht, Thomas/ Wohlenberg, Thomas: Handbuch Unternehmensrestrukturierung 1. Auflage, Wiesbaden 2006*

*Huster, Stefan: Posteriorisierung der Gesundheitspolitik?, Festschrift Schnapp, S. 463 ff.*

*Huster, Stefan (et al.): Implizierte Rationierung als Rechtsproblem, MedR 2007, S. 703 ff.*

*Huster, Stefan/ Kaltenborn, Markus: Krankenhausrecht, 2. Auflage, München 2017 (zit.: Bearbeiter, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht)*

*Hüttner*, Normann: Aufrechnung des Finanzamtes mit Steueransprüchen in der Insolvenz, Hamburg 2008

*Igl*, Gerhard/ *Naegele*, Gerhard (Hrsg.): Perspektiven einer sozialstaatlichen Umverteilung im Gesundheitswesen, Berlin 1999

Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (Hrsg.): WP Handbuch 2008: Wirtschaftsprüfung, Rechnungslegung, Beratung Bd. II, 13. Auflage, Düsseldorf 2008

*Isensee*, Josef: Rationierung von Gesundheitsleistungen – Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung, ZVersWiss 93 (2004), S. 651 ff.

*Isensee*, Josef/ *Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts Bd. 2, 3. Auflage, Heidelberg 2004 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II)

- Handbuch des Staatsrechts Bd. 4, 3. Auflage, Heidelberg 2004 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV)

*Jackson*, Thomas: The Logic and Limits of Bankruptcy Law, Washington 1986

*Janson*, Gunnar: Ökonomische Theorie im Recht.: Anwendbarkeit und Erkenntniswert im allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts, Berlin 2004

*Jarass*, Hans: Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 363 ff.

- Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, Stuttgart 2002

*Jarass*, Hans/ *Pieroth*, Bodo: Grundgesetz Kommentar, 14. Auflage, München 2016

*Kämmerer*, Axel: Privatisierung: Typologie – Determinanten – Rechtsfragen – Folgen, Tübingen 2001

*Kaufmann*, Christian: Urteilsanmerkung zu OVG Lüneburg, Urteil v. 11.2.2015 – 13 LC 107/14, EWIR 2015, S. 389 f.

*Kay*, Inkoob: Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungsverwaltung, Bern 2013

*Kensy*, Steven: Das zivilrechtliche Einsichtsrecht in Krankenunterlagen nach der Neuregelung, MedR 2013, S. 767 ff.

*Kersten*, Jens: Universaldienste in einer schrumpfenden Gesellschaft, DVBl. 2006, S. 942 ff.

*Kingreen*, Thorsten: Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), S. 152 ff.

*Kirchberger*, Stefan: Technischer Fortschritt in der Medizin. Strukturen der Kostenentwicklung – Strukturen der Leistungserbringung, Soziale Sicherheit 36 (1987), S. 5 ff.

*Kirchhof*, Hans-Peter/ *Eidenmüller*, Horst/ *Stürner*, Rolf (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Bd. 1, 3. Auflage, München 2013 (zit.: *MüKoInsO/Bearbeiter*)

- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Bd. 2, 3. Auflage, München 2013

*Kirchner*, Christian: Ökonomische Theorie des Rechts, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin Heft 151, Berlin et al. 1997

*Klauber*, Jürgen/ *Geraedts*, Max/ *Friedrich*, Jörg/ *Wasem*, Jürgen (Hrsg.): Krankenhaus-Report 2017, Stuttgart 2017

- Krankenhaus-Report 2015, Stuttgart 2015

*Klauber*, Jürgen/ *Robra*, Bernt/ *Schellschmidt*, Henner (Hrsg.): Krankenhaus-Report 2006, Stuttgart 2006

*Klein*, Franz (Hrsg.): Abgabenordnung Kommentar, 13. Auflage, München 2016 (zit.: *Klein/Bearbeiter*, AO)

*Klöhn*, Lars: Minderheitenschutz im Personengesellschaftsrecht, AcP 216 (2016), S. 281 ff.

*Kluth*, Thomas: Die freiberufliche Praxis „als solche“ in der Insolvenz - „viel Lärm um nichts“?, NJW 2002, S. 186 ff.

*Kluth*, Winfried: Kassenärztliche Vereinigungen – Körperschaften des öffentlichen Rechts, MedR 2003, S. 123 ff.

*Kment*, Martin (Hrsg.): Energiewirtschaftsgesetz Kommentar, Baden-Baden 2015 (zit.: *Kment/Bearbeiter*, EnwG)

*Knauff*, Matthias: Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge - Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, Berlin 2004 (zit.: *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat)

- Die Kommunen als Träger der Daseinsvorsorge, WiVerw 2011, S. 79 ff.
- Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, S. 725 ff.
- Gewährleistungsstaatlichkeit in Krisenzeiten: Der Gewährleistungsstaat in der Krise?, DÖV 2009, S. 581 ff.

*Knickrehm*, Sabine/ *Kreikebohm*, Ralf/ *Waltermann*, Raimund (Hrsg.): Kommentar zum Sozialrecht, 5. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kommentar zum Sozialrecht)

*Knispel*, Ulrich: Rechtsfragen der Versorgungsverträge nach SGB V, NZS 2006, S. 120 ff.

*Knorr*, Gerhard: Kommunale Krankenhäuser – mit oder ohne Zukunft?, KH 2003, S. 986 ff.

- Sind PPP und Fördermittel kompatibel?, KH 2007, S. 743 ff.

*Köck*, Wolfgang: Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht, ZUR 2016, S. 579 ff.

*Kodeck*, Georg/ *Reinisch*, August (Hrsg.): Staateninsolvenz, 2. Auflage, Wien 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kodek/Reinisch, Staateninsolvenz)

*Koerfer*, Hanno: Gewerbe- und Berufsrecht im Spannungsfeld zum Insolvenzverfahren, Frankfurt a.M. 2016

*Koerner*, Anne/ *Mutschler*, Bernd: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht Loseblattsammlung, 97. EL, München Stand: 12/2017 (zit.: *KassKomm/Bearbeiter*)

*Kokemoor*, Axel: Sozialrecht, 7. Auflage, München 2016

*Korioth*, Stefan/ *Müller*, Michael Wolfgang: Einstands- oder Ausfallhaftung der Länder bei Zahlungsunfähigkeit von Kommunen, VerwArch 107 (2016), S. 380 ff.

*Krajewski*, Markus: Rechtsbegriff Daseinsvorsorge, VerwArch 99 (2008), S. 174 ff.

*Kroiß*, Ludwig/ *Horn*, Claus-Henrik/ *Solomon*, Dennis (Hrsg.): Nachfolgerecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht)

*Krüger*, Wolfgang/ *Rauscher*, Thomas (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. 1, 5. Auflage, München 2016 (zit.: *MüKoZPO/Bearbeiter*)

*Kübler*, Bruno (Hrsg.): HRI - Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Auflage, Köln 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kübler, HRI)

*Kübler*, Bruno/ *Prütting*, Hanns/ *Bork*, Reinhard (Hrsg.): Kommentar zur Insolvenzordnung Loseblattsammlung, 75. EL, Köln Stand: 03/2018 (zit.: *KPB/Bearbeiter*, InsO)

*Kuhl*, Thomas/ *Wagner*, Kersten: Das Insolvenzrisiko der Gläubiger kommunaler Eigengesellschaften, ZIP 1995, 433 ff.

*Kuhla*, Wolfgang: Gesetzgebungskompetenzen im Krankenhausrecht, NZS 2014, S. 361 ff.

*Kummer*, Ulrike: Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen: Ziel und Weg der Umwandlung nach Art. 89 Abs. 1 BayGO, Berlin 2003 (zit.: *Kummer*, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen)

*Lafontaine*, Jörg/ *Stollmann*, Frank: Qualitätsvorgaben in der Krankenhausplanung, NZS 2014, S. 406 ff.

*Landmann* v., Robert/ *Rohmer*, Gustav (Hrsg.): Gewerbeordnung Kommentar Bd. I Loseblattsammlung, 77. EL, München, Stand: 10/2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO)

*Lange*, Christian: Treu und Glauben und Effizienz.: Das Effizienzprinzip als Mittel zur Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln, Berlin 2013

*Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/ Lipp, Volker: Arztrecht, 7. Auflage, München 2015*

*Laufs, Adolf/ Kern, Bernd-Rüdiger: Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010*

*Lauterbach, Karl/ Stock, Stephanie/ Brunner, Helmut: Gesundheitsökonomie – Lehrbuch für Mediziner und andere Gesundheitsberufe, 3. Auflage, Bern 2013*

*Lauterbach, Karl/ Liingen, Markus/ Schrappe, Matthias: Gesundheitsökonomie, Management und Evidence-based Medicine – Handbuch für Praxis, Politik und Studium, 3. Auflage, Stuttgart 2009*

*Leber, Wolfgang/ Pfeiffer, Peter: Krankenhausfinanzierung, Köln 2011*

*Lege, Joachim: Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), S. 112 ff.*

*Leipold, Helmut: Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme im Vergleich : Grundzüge e. Theorie d. Wirtschaftssysteme, 5. Auflage, Jena 1988*

*Leisner, Walter Georg: Die Konzessionspflicht für Privatkrankenanstalten nach § 30 GewO – eine dringend reformbedürftige Vorschrift, GewA 2006, S. 188 ff.*

- Daseinsvorsorge: Begriff, Bedeutung, Grenzen, WiVerw 2011, S. 53 ff.

*Lenel, Hans-Otto: Staatshilfe für insolvente Großunternehmen?, Das Beispiel AEG, WuW 1983, S. 429 ff.*

*Lepper, Markus: Die Ausgliederung kommunaler Unternehmen in der notariellen Praxis, RNotZ 2006, S. 313 ff.*

*Lewinski, Kai v.: Schweigepflicht von Arzt und Apotheker, Datenschutzrecht und aufsichtsrechtliche Kontrolle, MedR 2004, S. 95 ff.*

*Lindner, Josef Franz: erfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer ökonomischen Theorie des Öffentlichen Rechts, JZ 2008, S. 957 ff.*

*Lundberg, Udo/ Sängner, Benjamin: Die Insolvenz von Krankenkassen – gesetzliche Regelung trifft Wirklichkeit, ZInsO 2012, S. 1556 ff.*

*Luthe, Ernst-Wilhelm: Optimierende Sozialgestaltung, Tübingen 2001*

*Lutter, Marcus/ Hommelhoff, Peter: GmbHG Kommentar, 19. Auflage, Köln 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG)*

*Madaus, Stephan: Vorsinsolvenzliche Sanierungsverfahren – Perspektiven einer europäisch geprägten Rechtsentwicklung, KSzW 2015, S. 183 ff.*

*Mangoldt, Hermann v.(Begr.): Kommentar zum Grundgesetz Bd. 1, 7. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG)*

*Mann, Thomas/ Sennekamp Christoph/ Uechtritz, Michael: Verwaltungsvorgangsgesetz Großkommentar, 1. Auflage, Baden-Baden 2014 (zit.: Mann/Sennekamp/Uechtritz/*Bearbeiter*, VwVfG)*

*Martini, Mario*: Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Tübingen 2008

*Mathis, Klaus*: Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, Berlin 2009

*Matusiewicz, David/ Wasem, Jürgen* (Hrsg.): Gesundheitsökonomie – Bestandsaufnahmen und Entwicklungsperspektiven, Berlin 2014

*Maunz, Theodor/ Dürig, Günter*: Grundgesetz Loseblatt Kommentar, 81. EL, München Stand 09/2017 (zit.: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*, GG)

*Meyer-Spahrenberg, Wolfgang/ Jäckle, Christof* (Hrsg.): Beck'sches Handbuch Mergers & Acquisitions, 1. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Meyer-Spahrenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch)

*Michalski, Lutz/ Heidinger, Andreas/ Leible, Stefan/ Schmidt, Jessica* (Hrsg.): GmbHG Kommentar Bd. 2, 3. Auflage, München 2017 (zit.: *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Bearbeiter*, GmbHG)

*Mohr, Jürgen/ Schubert, Christoph* (Hrsg.): Ethik der Gesundheitsökonomie, Berlin et al. 1992 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Mohr/Schubert*, Ethik der Gesundheitsökonomie)

*Mohrbutter, Harro/ Ringstmeier, Andreas* (Hrsg.): Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Auflage, Köln 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Mohrbutter/Ringstmeier*, Hd. Insolvenzverwaltung)

*Mörsch, Michal/ Weid, Sabrina*: Krankenhaus-Strukturgesetz: Eine Lösung der zentralen Finanzierungsprobleme ist nicht in Sicht, KH 2015, S. 521 ff.

*Möstl, Markus*: Krankenhausrecht als Regulierungsrecht, Festschrift Oberender, S. 503 ff.

*Muckel, Stefan/ Ogorek, Markus*: Sozialrecht, 4. Auflage, München 2011

*Müller, Hans-Friedrich*: Der Verband in der Insolvenz, Köln 2002

- Insolvenzverfahren für souveräne Staaten – Ausweg aus der Schuldenkrise, KTS 2013, S. 263 ff.

*Müller-Volbehr, Jörg*: Der Begriff des Sozialrechts im Wandel, JZ 1978, S. 249 ff.

*Münch, Ingo v./ Kunig, Philip*: Grundgesetz-Kommentar Bd. 2, 6. Auflage, München 2012 (v. *Münch/Kunig*, GG)

*Munk, Nicole*: Insolvenzprophylaxe in Deutschland, Wiesbaden 2004

*Münkler, Laura*: Kosten-Nutzen-Bewertungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 2016

*Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang* (Hrsg.): Zivilprozessordnung Kommentar, 15. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter/Musielak/Voit*, ZPO)

*Naegler, Heinz*: Für ein zeitgemäßes Krankenhausmanagement, KH 2016, S. 123 ff.



*Naendrup*, Peter-Hubert: Privatrechtliche Haftungsbeschränkung und staatliche Verantwortung: Zur Organisationsfreiheit von Staatspersonen in handelsrechtlichen Formen, Bielefeld 1967

*Nagel*, Eckhard/ *Fuchs*, Christoph (Hrsg.): Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, Stuttgart et al. 1999

*Nebel*, Julian Asmus: Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 26.2.2015 – 3 C 8/14, NVwZ 2015, S. 1392 ff.

*Nerlich*, Jörg/ *Römermann*, Volker: Insolvenzordnung Kommentar Loseblattsammlung, 34. EL, München Stand: 12/2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO)

*Nettesheim*, Martin: Rationierung in der Gesundheitsversorgung – verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, VerwArch 93 (2002), S. 315 ff.

*Neubauer*, Günter: Vertragsfreiheit in der stationären Versorgung nach Ende der Konvergenzphase, RPG 2009, S. 3 ff

*Niehues*, Christopher/ *Wessels*, Michael: Notfallversorgung 2.0: Reform von Organisation und Finanzierung, KH 2017, S. 824 ff.

*Neumann*, Volker: Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, in DVBl. 1997, S. 92 ff.

*Niering*, Christoph: Sanierung und Insolvenz im Umfeld der öffentlichen Hand, Festschrift Vallender, S. 349 ff.

*Niesert*, Burkhard/ *Georgiev*, Yuliyana, Der automatische Widerruf der Berufszulassung bei Vermögensverfall im Lichte von § 35 InsO und Art. 12 GG, in NZI 2013. S. 1007 ff.

*Nipperdey*, Hans Carl: Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Karlsruhe 1954

*Nohlen*, Dieter/ *Schultze*, Rainer-Olaf (Hrsg.): Lexikon der Politikwissenschaft Bd. 1: A-M, 4. Auflage, München 2009

*Oduncu*, Fuat: Verteilungsgerechtigkeit, Rationierung und Priorisierung – das Gesundheitswesen im Spannungsfeld zwischen Ökonomie, Ethik und Recht, MedR 2012, S. 359 ff.

*Ohler*, Christoph: Bankensanierung als staatliche Aufgabe, WiVerw 2010, S. 47 ff.

*Ossenbühl*, Fritz/ *Cornils*, Matthias: Staatshaftungsrecht, 6. Auflage, München 2013

*Ott*, Claus/ *Schäfer*, Hans-Bernd: Begründung und Bemessung des Schadensersatzes wegen entgangener Sachnutzung, ZIP 1986, S. 613 ff.

*Pape*, Gerhard/ *Uhländer*, Christoph, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, 1. Auflage, Herne 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Pape/Uhländer*, InsO)

*Pape*, Gerhard/ *Uhlenbruck*, Wilhelm/ *Voigt-Saulus*, Joachim: Insolvenzrecht, 2. Auflage, München 2010

*Parmentier, Miriam*: Das Vertrauen in die öffentliche Hand – ein Konzernvertrauen, DVBl. 2002, S. 1378 ff.

*Paulus, Christoph*: Staatenpleite und Bankenpleiten: eine gewollte Mesalliance, KTS 2013, S. 155 ff.

- § 1 InsO und sein Insolvenzmodell, NZI 2015, S. 1001 ff.

*Peters, Horst*: Handbuch der Krankenversicherung - Teil II, 19. Auflage, Stuttgart 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung Teil II)

*Penner, Andreas*: Leistungserbringerwettbewerb in einer sozialen Krankenversicherung – zu den Grundsätzen eines liberalisierten Vergütungsrechts in der ambulanten Versorgung der GKV und der Basis-PKV, Baden-Baden 2009

*Pielow, Johann-Christian*: Beck'scher Onlinekommentar zur Gewerbeordnung, 40. Edition, München, Stand: 12/2017 (zit.: BeckOKGewO/*Bearbeiter*)

*Pilgram, Thomas*: Ökonomische Analyse der bundesdeutschen Insolvenzordnung, Frankfurt 1999

*Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard/ Kniesel, Michael*: Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage, München 2016

*Pitschas, Rainer*: Innovative Versorgungsstrukturen im Lichte der Grundrechte und verfassungsrechtlichen Kompetenznormen, MedR 2015, S. 154 ff.

*Pfohl, Andreas/ Sichert, Markus*: Der Gesundheitsfonds: Sondervermögen des Bundes oder der Krankenkassen?, NZS 2009, S. 71 ff.

*Preusker, Uwe*: Krankenhaus- und Gesundheitsversorgung in ländlichen Regionen – was machen die Nordeuropäer, Festschrift Rebscher, S. 231 ff.

*Prütting, Dorothea* (Hrsg.): Medizinrecht Kommentar, Köln 2016 (zit.: MedR-Komm/*Bearbeiter*)

- Krankenhausgestaltungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 3. Auflage, Stuttgart 2009
- Staatlicher Defizitausgleich bei öffentlich-rechtlich geführten Krankenhäusern, in GesR 2017, 415 ff.
- Über- und Unterversorgung mit Krankenhäusern, GesR 2016, S. 271 ff.

*Quaas, Michael*, Zur Zukunft kommunaler Krankenhäuser: Rechtliche Risiken und Verfahrensschritte einer Privatisierung, in KH 2001, S. 40 ff.

- Insolvenz von Krankenhäusern – krankenhausrechtliche Problemfälle, ZMGR 2004, S. 179 ff.
- Aktuelle Fragen des Krankenhausrechts, in MedR 2002, S. 273 ff.
- Insolvenz von Krankenhäusern – krankenhausrechtliche Problemfälle, in: Krankenhausrecht in Wissenschaft und Praxis,

Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2004, Ministerium für Gesundheit, Soziales, Frauen und Familie des Landes NRW (Hrsg.), 2005, S. 83 ff.

- Die kommunale Krankenhaus-GmbH, KH 1992, S. 59 ff.

*Quaas, Michael/ Zuck, Rüdiger*: Medizinrecht, 3. Auflage, München 2014

*Ramsauer, Ulrich* (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG Kommentar, 18. Auflage, München 2017 (zit.: Kopp/Ramsauer, VwVfG)

*Rasche, Christoph/ Braun von Reinersdorff, Andrea*: Krankenhäuser im Spannungsfeld von Markt- und Versorgungsauftrag: Von der Medizinmanufaktur zur Hochleistungsorganisation, Festschrift Oberender, S. 473 ff.

*Rattunde, Rolf*: Sanierung durch Insolvenz, ZIP 2003 S. 2103 ff.

*Rau, Ferdinand/ Roeder, Norbert/ Hensen, Peter* (Hrsg.): Auswirkungen der DRG-Einführung in Deutschland, Stuttgart 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Rau/Roeder/Hensen, DRG-Einführung)

*Rauh, Jens*: Wettbewerb im Gesundheitswesen (Tagungsbericht), EuZW 2013, 129

*Rausch, Werner*: Gläubigerschutz im Insolvenzverfahren : eine ökonomische Analyse einschlägiger rechtlicher Regelungen, Bergisch-Gladbach 1985

*Ratzel, Rudolf/ Luxenburger, Bernd*: Handbuch Medizinrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2015 (zit.: Ratzel/Luxenburger/*Bearbeiter*, Handbuch Medizinrecht)

*Reifferscheid, Antonius/ Pomorin, Natalie/ Wasem, Jürgen*: Ausmaß von Rationierung und Überversorgung in der stationären Versorgung, DMW 2015, e129

*Reul, Adolf*: Erneut: Insolvenzbedingte Lösungsklauseln auf dem Prüfstand, DNotZ 2008, S. 824 ff.

*Rieger, Frank*: Kammern in der Insolvenz, Baden-Baden 2010

*Rittner, Fritz*: Das Modell des homo oeconomicus und die Jurisprudenz, JZ 2005, S. 668 ff.

*Rixen, Stephan*: Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, Tübingen 2005

*Röger, Birgit*: Insolvenz kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, Baden-Baden 2006

*Rhode, Carsten*: Auslese durch Insolvenzen. Zur Funktionsfähigkeit der marktwirtschaftlichen Sanktionssysteme, Göttingen 1979

*Röhl, Klaus Friedrich/ Röhl, Hans Christian*: Allgemeine Rechtslehre, 4. Auflage, München 2018

*Rolfs, Christian/ Giesen, Richard/ Kreikebohm, Ralf/ Udsching, Peter*: Beck'scher Onlinekommentar Sozialrecht, 48. Edition, München, Stand: 03/2018 (zit.: BeckOKSozialrecht/*Bearbeiter*)

*Römermann, Volker* (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht)

*Rückert, Susann*: Einwirkung des Insolvenzverfahrens auf schwebende Prozesse, Köln 2007

*Ruffner, Markus*: Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft: Ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance, Zürich 2000

*Ruge, Reinhard*: Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, Berlin 2004

*Rumpf, Olav*: Die Rechtsnachfolge im öffentlichen Recht, VerwArch 78 (1987), S. 269 ff.

*Runkel, Hans Peter*: Die Geschäftsunterlagen des Schuldners – Ihre Behandlung durch den Insolvenzverwalter zu Beginn des Verfahrens, während des Verfahrens und an seinem Ende, Festschrift Vallender, S. 556 ff.

*Runkel, Hans Peter/ Schulte, Manfred*: Sanierung eines kommunalen Krankenhauses durch Eigenverwaltung und Insolvenzplan, ZIP 2008, S. 852 ff.

*Ruthig, Josef/ Storr, Stefan*: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2015

*Ruzik, Andy*: Bankenkrisen und -insolvenzen – Ein besonderes Phänomen, BKR 2009, S. 133 ff.

*Saalfrank, Valentin* (Hrsg.): Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts Loseblattsammlung, 6. EL, Stuttgart Stand: 01/2016

*Sachs, Michael*: Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2018 (zit.: *Sachs/Bearbeiter*)

Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (Hrsg.): Gutachten 2000/2001 Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, abrufbar unter: <https://www.svr-gesundheit.de/index.php?id=18> (24.05.2018)

*Säcker, Franz/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2, 7. Auflage, München 2016 (zit.: *MüKoBGB/Bearbeiter*)

*Schaaks, Nils*: Der Grundsatz der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 2007

*Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus*: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage, Wiesbaden 2012

*Schenke, Wolf-Rüdiger* (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 23. Auflage, München 2017 (zit.: *Kopp/Schenke, VwGO*)

– Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2016

*Schenkel*, Jan-Erik: Sozialversicherung und Grundgesetz, Berlin 2008

*Schink*, Alexander: Rechtsnachfolge bei Zuständigkeitsveränderungen in der öffentlichen Verwaltung, Köln 1984

*Schlüchtermann*, Jörg: Betriebswirtschaft und Management im Krankenhaus, 3. Auflage, Berlin 2013

- Strategische Positionierung von Krankenhäusern im Spannungsfeld zwischen medizinischen und ökonomischen Zielen, ZöGU 1998, S. 432 ff.

*Schmid*, Andreas: Konsolidierung und Konzentration im Krankenhaussektor: Eine empirische Analyse der Marktstruktur unter Berücksichtigung des Krankenhausträgers, Baden-Baden 2017

*Schmid*, Felix: Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit – Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, Berlin 1981

*Schmidt*, Andreas (Hrsg.): Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 6. Auflage, Köln 2017 (zit.: *HambKomm/Bearbeiter*, InsO)

- Sanierungsrecht, 1. Auflage, Köln 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schmidt, Sanierungsrecht)

*Schmidt*, Karsten (Hrsg.): Insolvenzordnung Kommentar, 19. Auflage, München 2016 (zit.: *K.Schmidt/Bearbeiter*, InsO)

*Schmidt*, Karsten/ *Uhlenbruck*, Wilhelm (Hrsg.): Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Auflage, Köln 2016

*Schmidt*, Oliver: Das Krankenhaus in der Beratung, 1. Auflage, Wiesbaden 2010

*Schmidt*, Reinhard: Ökonomische Analyse des Insolvenzrecht, Wiesbaden 1980

*Schmidt am Busch*, Birgit: Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem, Tübingen 2007

*Schmidt-Bleibtreu*, Bruno/ *Hofmann*, Hans/ *Henneke*, Hans-Günter: Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage, Köln 2017 (zit.: *Bearbeiter*, S/H/H)

*Schmitt*, Joachim/ *Hörtnagl*, Robert/ *Stratz*, Rolf-Christian: Umwandlungsgesetz, Umwandlungs-steuergesetz Kommentar, 7. Auflage, München 2016

*Schmitz-Luhn*, Björn/ *Bohmeier*, André (Hrsg.): Priorisierung in der Medizin, Berlin et al. 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Luhn/Bohmeier, Priorisierung in der Medizin)

*Schnoor*, Jörg/ *Hokema*, Frank: Krankenhäuser: Die Krise als Chance, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. 108 ff.

*Schoch*, Friedrich: Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, S. 241 ff.

*Schoch*, Friedrich/ *Schneider*, Jens-Peter/ *Bier*, Wolfgang: Verwaltungsgerichtsordnung (Hrsg.): VwGO, Loseblatt-Kommentar, 33. EL, München Stand: 06/2017 (zit.: *Schoch/Schneider/ Bier/Bearbeiter*, VwGO)

*Schöffski, Oliver/ Graf v. Schulenburg, Johann-Matthias*: Gesundheitsökonomische Evaluationen, 4. Auflage, Berlin et al. 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schöffski/Graf v. Schulenburg)

*Schulin, Bertram* (Hrsg.): Handbuch des Sozialversicherungsrechts Bd. 1, 1. Auflage, München 1994 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schulin HS-KV)

*Schulz, Stefan*: Klonen an den Grenzen strafrechtlicher Wissenschaftsordnung, ZRP 2003, S. 362 ff.

*Schwintowski, Hans-Peter*: Die Pflicht zur chancen- und risikobasierten Geschäftsleitung am Beispiel von Krankenhäusern, CB 2016, S. 156 ff.

*Seewald, Otfried*: Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, Köln 1981

*Semler, Johannes/ Stengel, Arndt* (Hrsg.): Umwandlungsgesetz Kommentar, 4. Auflage, München 2017 (zit.: *Semler/Stengel/Bearbeiter*, UmwG)

*Siegel, Thorsten*: Privatisierungsformen kommunaler Krankenhäuser: Public Private Partnership – kein Modell für „Schnellschüsse“, KH 2011, S. 595 ff.

*Simon, Michael*: Das Gesundheitssystem in Deutschland – Eine Einführung in Struktur und Funktionsweise, 6. Auflage, Bern 2017

*Smid, Stefan*: Handbuch Insolvenzrecht, 6. Auflage, Berlin 2012

*Sodan, Helge*: Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Sodan, Hd. des Krankenversicherungsrechts)

- Der Versorgungsauftrag des Plankrankenhauses, GesR 2012, S. 641 ff.

*Sodan, Helge/ Ziekow, Jan* (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO Großkommentar, 5. Auflage 2018 (zit.: *Sodan/Ziekow/Bearbeiter*, VwGO)

*Spickhoff, Andreas* (Hrsg.): Medizinrecht, 2. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Spickhoff, Medizinrecht)

*Stadler, Markus*: Übergangsregelungen und Gestaltungsmöglichkeiten für Insolvenzplanverfahren nach den Entscheidungen des BFH zum Sanierungserlass, NZI 2018, S. 49 ff.

*Stein, Friedrich/ Jonas, Martin*: Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 5, 23. Auflage, Tübingen 2015. (zit.: *Stein/Jonas/Bearbeiter*, InsO)

*Stein, Michael/ Klöck, Oliver/ Althaus, Johannes*: Kostendruck, knappe Kassen und die Konsolidierung des Marktes – Rosige Zeiten für Privatinvestoren im Gesundheitswesen?, NZS 2011, S. 525 ff.

*Stelkens, Paul/ Bonk Heinz Joachim/ Sachs, Michael*: Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG Kommentar, 9. Auflage, München 2018

*Stern, Klaus/ Sachs, Michael* (Hrsg.): Das Staatsrecht in der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/1, München 1988 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stern, Staatsrecht Bd. IV/1)

*Stern, Klaus/ Sachs, Michael/ Dietlein, Johannes* (Hrsg.): Das Staatsrecht in der Bundesrepublik Deutschland Bd. IV/1, München 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Stern, Staatsrecht* Bd. III/1)

*Stollmann, Frank*: Grundlagen des Rechts der Krankenhausplanung und der Krankenhausinvestitionsförderung, NZS 2004, S. 350 ff.

*Stollmann, Frank/ Hermanns, Caspar David*: Die jüngere Rechtsprechung zum Krankenhausplanungsrecht, NZS 2017, S. 851 ff.

*Strohe, Claudia/ Meyer-Wyk, Claus Ludwig/ Köhler, Thomas*: Chancen und Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser (I), KH 2003, S. 882 ff.

- Chancen und Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser (II), KH 2003, S. 991 ff.

*Struß, Jantje*: Entscheidungsanmerkung zu LG Tübingen, Urt. v. 23.12.2013 – 5 O 72/13, MedR 2014, S. 405 ff.

*Stückemann, Manuel*: Die Rechtsnachfolge in die gefahrenabwehrrechtliche Verhaltens- und Zustandsverantwortlichkeit, JA 2015, S. 569 ff.

*Stumpf, Christoph/ Suerbaum, Joachim/ Schulte, Martin/ Pauli, Rudolf*: Stiftungsrecht Kommentar, 2. Auflage, München 2015 (zit.: *Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht*)

*Stürner, Rolf*: Umwelthaftung und Insolvenz, Festschrift Merz, S. 563 ff.

- Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens- und Insolvenzrecht, ZIP 1982 S. 761 ff.

*Stüwe, Heinz*: Private Krankenhausträger: Der Markt ist neu aufgeteilt, Dtsch Ärztebl. 2014, S. 35 f.

*Suerbaum, Joachim*: Widerruf und Erstattung bei Geld- und Sachleistungsverwaltungsakten nach der Novellierung des Verwaltungsverfahrenrechts, VerwArch 90 (1999), S. 361 ff.

*Taupitz, Jochen*: Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – eine Zwischenbilanz, AcP 196 (1996), S. 114 ff.

*Terbille, Michael/ Clausen, Tillmann/ Schroeder-Printzen, Jörn*: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Auflage, München 2013 (zit.: *Terbille/Bearbeiter, MAH Medizinrecht*)

*Ternick, René*: Qualitätsindikatoren des G-BA als Grundlage für die Krankenhausplanung, NZS 2017, S. 770 ff.

*Tettinger, Peter/ Wank, Rolf/ Ennuschat, Jörg*: Gewerbeordnung Kommentar, 8. Auflage, München 2011

*Tetzlaff, Christian*: Anmerkung zu BSG 1. Senat, Urteil v. 28.07.2008 - B 1 KR 5/08 R, jurisPR-InsR 25/2008 Anm. 3

*Theiselmann, Rüdiger* (Hrsg.): Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 3. Auflage, Köln 2016 (zit.: *Theiselmann/Bearbeiter, Restrukturierungsrecht*)

*Thierhoff, Michael/ Müller, Renate/ Illy Thomas/ Liebscher, Marc (Hrsg.): Unternehmenssanierung, 2. Auflage, Heidelberg et al. 2016 (zit.: Bearbeiter, in: Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher, Unternehmenssanierung)*

*Thomae, Heike: Krankenhausplanungsrecht, Köln 2006*

*Thommen, Jean-Paul/ Achleitner, Ann-Kristin/ Gilbert, Dirk Ulrich/ Hachmeister, Dirk/ Kaiser, Gernot: Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 8. Auflage, Wiesbaden 2017*

*Töpfer, Frank-Rainer/ Butler, Janet Kerstin: Der Erwerb subventionierter Unternehmen: Rechtsprobleme und Risiken, ZIP 2003, S. 1677 ff.*

*Towfigh, Emanuel/ Petersen, Niels: Ökonomische Methoden im Recht, 2. Auflage, Tübingen 2017*

*Tuschen, Karl Heinz/ Braun, Thomas/ Rau, Ferdinand: Erlösausgleiche im Krankenhausbereich: Eine Orientierungshilfe, KH 2005, S. 955 ff.*

*Tuschen, Karl Heinz/ Trefz, Ulrich: Krankenhausentgeltgesetz, Stuttgart 2009*

*Uechtritz, Michael/ Reck, Hans-Joachim (Hrsg.): Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, Köln 2012 (zit.: Bearbeiter, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen)*

*Uhlenbruck, Wilhelm: Zur Kollision von Gesellschafts- und Insolvenzrecht in der Unternehmensinsolvenz, Festschrift Kirchhof, S. 479 ff.*

*Uhlenbruck, Wilhelm/ Hirte, Heribert/ Vallender, Heinz (Hrsg.): Insolvenzordnung Kommentar, 14. Auflage, München 2015 (zit.: Uhlenbruck/Bearbeiter, InsO)*

*Vallender, Heinz: Krankenhausinsolvenzen im Spannungsfeld zwischen öffentlicher Daseinsvorsorge und par conditio creditorum, ZinsO 2016, S. 773 ff.*

- Wohin mit den Patientenakten – Aufbewahrung von Patientenakten in der Insolvenz des Krankenhausträgers, NZI 2013, S. 1001 ff.

*Vitkas, Konstantinos: Die (Teil-)Herausnahme aus dem Krankenhausplan, MedR 2010, S. 539 ff.*

*Vollmöller, Thomas: Krankenhausrecht als Teil des öffentlichen Wirtschaftsrechts, KSzW 2012, S. 187 ff.*

*Voßkuhl, Holger/ Coordes, Eric: Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung: für eine erfolgreiche Sanierung, KH 2017, S. 190 ff.*

*Voßkuhle, Andreas: Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 ff.*

*Wagner, Regine/ Knittel, Stefan (Hrsg.): Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflege-versicherung Loseblatt-Kommentar, 97. EL, München Stand: 11/2017 (zit.: Bearbeiter, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung)*

*Waltermann, Raimund: Sozialrecht, 12. Auflage, Heidelberg 2016*

*Wallrabenstein, Astrid: Versicherung im Sozialstaat, Tübingen 2010*



Wannagat, Georg: Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts Band 1, Heidelberg 1965

Weede, Erich: Mensch, Markt und Staat: Plädoyer für eine Wirtschaftsordnung für unvollkommene Menschen, Stuttgart 2003

Weiland, Stefan: Par conditio creditorum – der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und seine Durchbrechungen zugunsten öffentlich-rechtlicher Gläubiger, Frankfurt am Main et al. 2010 (zit.: *Weiland*, Par conditio creditorum)

Weiß, Wolfgang, Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen 2002

Wenner, Ulrich: Rationierung, Priorisierung, Budgetierung: verfassungsrechtliche Vorgaben für die Begrenzung und Steuerung von Leistungen der Gesundheitsversorgung, GesR 2009, S. 169 ff.

Wenzel, Frank (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Auflage, Köln 2013 (zit.: Wenzel, Handbuch FA MedizinR/*Bearbeiter*)

Werner, Olaf/ Saenger, Ingo (Hrsg.): Die Stiftung, Berlin 2008 (zit.: Werner/Saenger/*Bearbeiter*, Stiftungsrecht)

Werner, Stefan: Schließung und Insolvenz gesetzlicher Krankenkassen - Eine vergleichende Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Absicherungsverfahren für Gläubiger und Kassenbeschäftigte, Hamburg 2016

Westpfahl, Lars: Umweltschutz und Insolvenz, Köln 1998

Wiedeck, Carla: Priorisierung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, München 2015

Wimmer, Klaus (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Auflage, Köln 2018 (zit.: FK-InsO/*Bearbeiter*)

Windel, Peter: Die Unbeachtlichkeit von Konzernverrechnungsbefugnissen und wirkungsgleichen Drittaufrechnungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren, KTS 2004, S. 305 ff.

Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages (Hrsg.): Krankenhäuser in privater Trägerschaft – Rechtsgrundlagen, verfassungsrechtliche Vorgaben und Finanzierung, Ausarbeitung WD 9 – 3000 – 095/13, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/410456/4e05aed207135be735046e76f13a107b/wd-9-095-13-pdf-data.pdf> (21.03.2018)

Wolff, Hans/ Bachof, Otto/ Stober, Rolf/ Kluth, Winfried: Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, München 2017

Wollenschläger, Bernward: Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, Baden-Baden 2006 (zit.: Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen)

Wurzel, Gabriele/ Schraml, Alexander/ Becker, Ralph (Hrsg.): Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Auflage, München 2015

*Zacharias, Diana:* Die Rechtsnachfolge im Öffentlichen Recht, JA 2001, S. 720 ff.

*Zacher, Hans:* Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, VSSR 4 (1976), S. 1 ff.

*Ziegler, Ole:* Aktuelle Rechtsfragen der Insolvenz von Ärzten, Medizinischen Versorgungszentren, Krankenhäusern und Pflegeheimen, ZInsO 2014, 1577 ff.

*Zimmermann, Christian:* Der Gemeinsame Bundesausschuss, Berlin et al. 2012

*Zöller, Richard (Begr.):* Zivilprozessordnung Kommentar, 32. Auflage, Köln 2018

*Zuck, Rüdiger:* Das neue Landeskrankenhausrecht, MedR 1989, S. 1 ff.

### **Quellen ohne Angabe des Verfassers**

AOK Bundesverband: <http://aok-bv.de> (22.05.2018)

Der Tagesspiegel: <https://www.tagesspiegel.de> (22.05.2018)

Deutsche Gesundheits Nachrichten: [www.deutsche-gesundheitsnachrichten.de](http://www.deutsche-gesundheitsnachrichten.de) (24.05.2018)

Deutsches Ärzteblatt: <https://www.aerzteblatt.de> (25.05.2018)

Gemeinsamer Bundesausschuss: <https://www.g-ba.de> (24.05.2018)

Hamburger Abendblatt: [www.abendblatt.de](http://www.abendblatt.de) (22.05.2018)

Hessisches Ministerium für Soziales und Integration: [soziales.hessen.de](http://soziales.hessen.de) (24.05.2018)

Kölner Stadt-Anzeiger: [www.ksta.de](http://www.ksta.de) (22.05.2018)

Statistisches Bundesamt (Hrsg.): <https://www.destatis.de/DE/Startseite.html> (19.05.2018)

Norddeutscher Rundfunk: [www.ndr.de](http://www.ndr.de) (22.05.2018)

RP-Online: [www.rp-online.de](http://www.rp-online.de) (22.05.2018)

SHZ: [www.shz.de](http://www.shz.de) (24.04.2018)

Westdeutscher Rundfunk: [www1.wdr.de](http://www1.wdr.de) (22.05.2018)

Westfalenpost: <https://www.wp.de> (25.05.2018)

Westfälische Nachrichten: <http://www.wn.de> (22.05.2018)

WirtschaftsWoche: <https://www.wiwo.de> (24.05.2018)